

33626
t-2

COURS

DE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR

Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LES SURETÉS PERSONNELLES ET RÉELLES

TOME SECOND



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902



33626

COURS
DE
DROIT CIVIL FRANÇAIS



1870

1870

DEPT. OF AGRICULTURE

M/33.625
t.2

COURS
DE
DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR
Ch. BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
DOYEN HONORAIRE

PUBLIÉ PAR SON FILS

ROBERT BEUDANT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

LES SURETÉS PERSONNELLES ET RÉELLES

TOME SECOND



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

—
1902

CINQUIÈME PARTIE

LES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES

CHAPITRE IV

DES PRIVILÈGES SUR LES IMMEUBLES ET DES HYPOTHÈQUES



493. A partir de l'article 2103, le titre *Des privilèges et hypothèques* traite à la fois des privilèges sur immeubles et des hypothèques.

Les articles 2103 à 2113, formant les sections II, III et IV du chapitre II, s'occupent des privilèges sur les immeubles. Mais ils ne renferment pas toutes les règles relatives à ces privilèges ; beaucoup d'autres sont énoncées dans la suite du titre. Les articles 2103 à 2113 contiennent seulement les règles du régime hypothécaire qui sont spéciales aux privilèges sur immeubles, non les règles qui sont communes à ces privilèges et aux hypothèques. Or le système des privilèges immobiliers comprend naturellement les unes et les autres.

S'il existe ainsi des règles communes aux privilèges immobiliers et aux hypothèques, cela tient à ce que ces deux droits sont, en définitive, de nature identique. A vrai dire, les pri-

vilèges sur immeubles ne sont que des hypothèques légales présentant quelques particularités¹. Le privilège immobilier et l'hypothèque sont des droits réels sur des immeubles affectés au paiement d'une dette. L'un et l'autre confèrent au créancier les deux prérogatives élémentaires inhérentes aux sûretés réelles : le droit de préférence sur le prix, que le créancier fait valoir non pas à la contribution, mais à l'ordre, — le droit de suite sur l'immeuble, qui est complet ici, en ce sens qu'il ne subit plus les restrictions multiples auxquelles l'effet des privilèges sur meubles est soumis à l'égard des tiers.

La similitude entre les deux droits est donc grande. Ils ne diffèrent qu'en ce qui concerne le degré d'énergie du droit de préférence qui en résulte, c'est-à-dire en ce qui concerne le mode de fixation du rang de collocation à l'ordre. A tous autres égards, le système est le même, et les mêmes règles sont applicables.

Par là s'explique la méthode du Code civil quant au développement du sujet, depuis l'article 2103 jusqu'à la fin du titre *Des privilèges et hypothèques*.

Il y est traité d'abord des privilèges sur les immeubles au point de vue du droit de préférence, indépendamment du droit de suite. Tel est précisément l'objet des articles 2103 à 2113. Là sont relevées les particularités qui séparent les privilèges immobiliers des hypothèques, les règles propres aux privilèges, autrement dit les règles relatives au mode de détermination du rang de collocation dans la procédure d'ordre. Les articles 2103 et 2104 énumèrent les privilèges immobiliers ; les articles 2106 et suivants s'occupent du rang de collocation.

Dans la suite du titre, il est traité des hypothèques, toujours au point de vue du seul droit de préférence, indépendamment du droit de suite. C'est l'objet du chapitre III (articles 2114 à 2145). Les sections I à III énumèrent les diverses espèces d'hypothèques : légales, judiciaire et conventionnelles. Puis la section IV traite *Du rang que les hypothèques ont entre elles* ; elle établit les règles propres aux hypothèques quant au mode de fixation du rang de collocation.

1. *Suprà*, tome I, p. 250, — *infra*, n° 586.

Enfin, il est traité concurremment — parce qu'à cet égard les règles sont communes — des privilèges sur immeubles et des hypothèques relativement au droit de suite. C'est l'objet du chapitre VI (articles 2166 et suivants).

Telles sont les trois parties essentielles du sujet : privilèges sur les immeubles au point de vue du droit de collocation, — hypothèques au point de vue du rang, — privilèges immobiliers et hypothèques quant au droit de suite.

494. En dehors de ces trois points on ne trouve plus, dans le titre, que des dispositions réglementaires, d'importance secondaire.

Les chapitres IV et V (articles 2146 à 2165) traitent de la formalité de l'inscription, qui est le procédé de publicité en matière de privilèges sur immeubles et d'hypothèques. Les règles relatives à cet ordre d'idées sont communes aux deux droits ; aussi le chapitre IV est-il intitulé : *Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques.*

Les chapitres VII, VIII et IX, qui n'en devraient faire qu'un (articles 2180 à 2195), traitent des diverses causes d'extinction des privilèges et des hypothèques, notamment de la purge des privilèges et hypothèques. Les règles établies sur ce point sont encore communes aux privilèges sur immeubles et aux hypothèques ; même il en est quelques-unes qui s'appliquent aux privilèges sur meubles, et il sera facile de les discerner.

Quant au chapitre X (articles 2196 à 2205), il contient quelques règles qui se réfèrent, d'une manière indirecte, à l'inscription. Elles sont relatives à la tenue des registres des conservateurs d'hypothèques et à la responsabilité qui incombe à ces fonctionnaires.

495. Ayant ainsi jeté par avance un coup d'œil d'ensemble sur la fin du titre *Des privilèges et hypothèques*, il ne reste plus qu'à en suivre le développement.

Nous parlerons d'abord des règles qui sont spéciales soit aux privilèges sur immeubles, soit aux hypothèques. L'étude des règles communes trouvera place ensuite.

SECTION I

Des privilèges sur les immeubles au point de vue du droit de préférence.

496. Nous allons envisager les privilèges immobiliers au point de vue du droit de préférence qui en découle, indépendamment du droit de suite. C'est l'objet des articles 2103 à 2113.

Sur ces articles nous rechercherons : 1° quels sont les privilèges sur immeubles, — 2° en quelle forme et sous quelles conditions les créanciers exercent ces privilèges, — 3° comment se règle le rang de collocation que chacun d'eux assure.

§ 1. — Quels sont les privilèges sur les immeubles.

497. A l'inverse des privilèges sur meubles, les privilèges sur immeubles sont peu nombreux. Ils sont de deux espèces, que servent à distinguer deux qualifications déjà employées à propos des privilèges mobiliers.

Les uns sont spéciaux. Ils affectent un ou plusieurs immeubles déterminés du débiteur, sans porter sur les autres ; le créancier ne possède que les droits d'un créancier chirographaire sur les immeubles du débiteur non grevés par le privilège. Ces privilèges spéciaux sont énumérés par l'article 2103 : « Les créanciers privilégiés sur les immeubles sont..... » Il faut lire : « les créanciers privilégiés sur certains immeubles ».

Les autres sont généraux. Ils portent sur l'ensemble des immeubles du débiteur et les affectent tous au paiement de la dette. Ce sont ceux de l'article 2104 : « Les privilèges qui s'étendent sur les..... immeubles sont ceux..... ». L'expression « les immeubles » n'est plus ici trop générale.

A. — Privilèges spéciaux sur les immeubles.

498. L'article 2103 paraît en indiquer cinq. Mais, des cinq

numéros du texte, il y en a deux, les numéros 2 et 5, qui visent seulement des cas de subrogation à des privilèges préexistants. Le 2° subroge au privilège du vendeur d'immeuble le tiers qui paie ce vendeur, ou qui prête à l'acheteur de quoi le désintéresser. Le 5° subroge au privilège des ouvriers les personnes qui ont fourni les fonds ayant servi à payer leur salaire. Ce ne sont pas là des privilèges proprement dits, mais des modes de placement sur privilèges au moyen d'une subrogation conventionnelle, dans la forme et sous les conditions de l'article 1250, dont les dispositions sont rappelées par les numéros 2 et 5 de l'article 2103.

Il ne reste donc, dans l'énumération de l'article 2103, que trois privilèges.

Seulement, à ces trois privilèges sur immeubles il en faut ajouter six autres, établis soit par le Code civil en dehors du titre *Des privilèges et hypothèques*, soit en dehors du Code par des lois spéciales.

De sorte qu'il existe, au total, neuf privilèges spéciaux sur les immeubles.

Ce sont : 1° le privilège du vendeur d'immeuble, — 2° le privilège des copartageants, — 3° le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers. Ces trois privilèges sont ceux de l'article 2103. Il faut y joindre : — 4° le privilège des entrepreneurs de travaux de dessèchement de marais (loi du 16 septembre 1807, article 23), — 5° le privilège des prêteurs de fonds destinés à la recherche et à la mise en exploitation des mines (loi du 21 avril 1810, article 20), — 6° le privilège pour le recouvrement des avances faites à l'occasion de travaux de drainage (loi du 17 juillet 1856, article 3), — 7° le privilège de l'Etat sur les immeubles des comptables (loi du 5 septembre 1807, article 4), — 8° le privilège de séparation des patrimoines, qu'il faut mentionner en dernier lieu parce qu'on discute le point de savoir s'il est un vrai privilège.

499. Ces huit privilèges — si on excepte celui de l'Etat sur les immeubles des comptables, qui s'explique comme les privilèges du Trésor sur les meubles¹ — reposent tous sur le même fondement et se justifient par une idée unique.

Ils résultent de ce que le créancier a mis ou conservé une chose ou valeur dans le patrimoine du débiteur, et augmenté

1. *Suprà*, tome I, n° 467, p. 414 et 415.

par là le gage commun ; en conséquence, ce créancier est privilégié sur la chose ou valeur fournie pour ce qui lui est dû à raison de cette chose. Il serait inique que les autres créanciers du débiteur profitassent de la plus-value donnée au gage commun sans déduire ce qui est dû à raison du fait qui a déterminé cette plus-value.

C'est l'idée qui rend compte des privilèges mobiliers autres que ceux qui sont fondés sur l'idée de gage¹ ; elle se retrouve à propos de chacun des privilèges spéciaux sur immeubles.

500. Reprenons la liste de ces privilèges. Nous n'insisterons que sur quelques points essentiels. Les idées directrices du régime hypothécaire ayant été précédemment exposées, il nous sera possible d'abrégier beaucoup et de faire des renvois fréquents pour les détails d'application.

I. *Privilège du vendeur d'immeuble.*

501. Sont privilégiés, dit l'article 2103 : « 1° le vendeur, « sur l'immeuble vendu, pour le paiement du prix ».

Le privilège appartient à tout vendeur d'un immeuble quelconque, corporel ou incorporel, pourvu qu'il s'agisse d'un immeuble susceptible de saisie. Le vendeur d'un droit de servitude ou d'un droit d'usage ne jouit pas du privilège². Mais tout vendeur d'un immeuble susceptible d'affectation par sûreté réelle peut l'invoquer. En cessant d'être propriétaire, il acquiert, ou pour mieux dire il garde sur l'immeuble un privilège qui assure le paiement du prix.

Nous retrouvons ici le même ensemble d'idées qu'au cas de vente de meubles³, sauf en un point.

Des quatre garanties de paiement conférées aux vendeurs

1. *Suprà*, tome I, p. 382 et suiv.

2. Une application intéressante de cette idée se présente à propos des conventions portant vente de mitoyenneté. Le privilège du vendeur d'immeuble doit être refusé au vendeur de mitoyenneté si la mitoyenneté est considérée comme une servitude ordinaire. Si, au contraire, elle est regardée comme une copropriété avec indivision forcée, le vendeur aura le privilège comme garantie de l'indemnité stipulée à son profit. Voy. Demolombe, *Servitudes*, I, n° 367, — Laurent, *Principes*, VII, n° 521, — Brésillion, note dans D. P. 1889.I.321 ; — cpr. Trib. de la Seine 8 février 1880, D. P. 1880.III.119, Sir. 1881.II.23, — Pau 3 mai 1888, D. P. 1889.II.285, — Cass. 10 avril 1889, D. P. 1889.I.321, Sir. 1889.I.401 (note de M. Labbé), — Bordeaux 21 avril 1890, D. P. 1892.II.432.

3. *Suprà*, tome I, p. 390 et suiv.

de meubles, il en est une dont il n'est plus question ici : le droit de revendication. Si la vente d'un immeuble est faite sans terme pour l'acheteur, le vendeur a le droit de rétention (article 1612). Que la vente soit faite avec ou sans terme, le vendeur peut, à défaut de paiement : 1° agir en résolution de la vente et reprendre la chose (article 1654), — 2° la faire vendre et se faire payer par préférence sur le prix (article 2103-1°). Mais le droit de revendication que l'article 2102-4° accorde aux vendeurs de meubles en cas de vente au comptant n'appartient pas aux vendeurs d'immeubles.

Cette différence tient à ce que le droit de revendication serait sans utilité pour eux.

Ce droit est utile au cas de vente d'un meuble, parce que le droit de suite inhérent au privilège n'existe sur les meubles que dans des limites étroites, presque exceptionnellement. Le vendeur de meuble non payé a donc toujours à craindre que l'acheteur n'aliène et ne livre la chose ; il a, dès lors, intérêt à revendiquer le meuble, afin de ne pas courir le risque de se voir opposer l'article 2279 par le sous-acquéreur, et c'est pour cela que l'article 2102-4° alinéa 2 lui permet de revendiquer la chose vendue afin d'en empêcher la revente¹.

Or il en est autrement en matière d'immeubles. Le droit de suite inhérent au privilège est complet. Au cas d'aliénation par l'acheteur, le vendeur peut agir contre le sous-acquéreur aussi efficacement que contre l'acheteur lui-même, soit par l'action résolutoire afin de reprendre son immeuble, soit par la saisie immobilière afin d'être payé par préférence. En d'autres termes, le droit de suite empêche que l'aliénation consentie par l'acheteur ne compromette les droits du vendeur. Dès lors il eût été superflu d'accorder à ce dernier le droit de revendication. Les choses peuvent, sans risque pour personne, suivre leur cours naturel.

Par conséquent, en sus du droit de rétention et de l'action résolutoire, le vendeur n'a que le privilège.

502. Ce privilège du vendeur d'immeuble garantit le paiement du prix de vente, dit l'article 2103-1°. Que faut-il entendre au juste par ces mots ?

Ils désignent d'abord le prix principal, tel qu'il est fixé par l'acte de vente. Si les parties ont dissimulé une portion du

1. *Suprà*, tome I, p. 400 et suiv.

prix pour économiser des droits d'enregistrement, la portion dissimulée n'est pas garantie par le privilège, car elle n'est due qu'en vertu d'une contre-lettre, laquelle n'est pas opposable aux autres créanciers, qui sont des tiers (article 1321).

En second lieu, le privilège du vendeur garantit le paiement des intérêts du prix, qui en forment une partie dans la mesure où ils sont dus. Aux termes de l'article 1652, l'acheteur doit les intérêts du prix dans trois cas : 1° si les parties l'ont stipulé dans la vente, — 2° si la chose vendue et livrée est productive de fruits ou autres revenus, — 3° si l'acheteur a reçu sommation de payer le prix. Tous les intérêts dus sont garantis par le privilège. Seulement l'exercice du privilège, la fixation du rang de collocation qu'il confère sont soumis, en ce qui concerne les intérêts, à des règles particulières, résultant de l'article 2151, qui a été modifié par la loi du 17 juin 1893. Nous ne pouvons ici que signaler ce texte, dont l'explication viendra plus tard¹.

Enfin le privilège du vendeur garantit l'exécution des prestations diverses que l'acheteur doit en cette qualité et qui constituent des créances du vendeur comme tel. Aux termes de l'article 1593, les frais d'actes et de transcription sont, en principe, à la charge de l'acheteur ; mais il peut arriver ou bien que le vendeur se soit engagé à en faire l'avance, ou bien qu'il soit obligé de faire l'avance de ces frais faite par l'acheteur de les acquitter. Le privilège du vendeur garantit alors le remboursement par l'acheteur des frais avancés, car ces frais sont bien un complément, un accessoire du prix².

503. On est d'accord pour donner le privilège du vendeur au coéchangiste quand il y a une soulte. L'échangiste, comme tel, n'a pas de privilège et n'a pas besoin d'en avoir. Mais si, outre la chose qu'il reçoit, il est créancier d'une soulte, l'opération a un double caractère : échange jusqu'à concurrence de la valeur commune des objets échangés, vente pour le surplus. Il y a donc lieu d'appliquer l'article 2103-1°³.

1. Cpr. *infra*, p. 11.

2. Cass. 1^{er} avril 1863, D. P. 1863.I.184, Sir. 1863.I.239, — 1^{er} décembre 1863, D. P. 1863.I.450, Sir. 1864.I.46, — Lyon 23 mars 1865, D. P. 1866. V. 379, Sir. 1866.II.92, — Nîmes 14 décembre 1872, D. P. 1873. V. 380, Sir. 1873.II.116. — Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 281, texte et note 5, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 51 bis IV, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 587.

3. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 187, — Aubry et Rau, 5^e édition,

Au contraire, on refuse généralement le privilège dans les cas suivants.

1° On le refuse à l'acheteur à réméré, lorsque le vendeur use de son droit. L'exercice du réméré ne constitue pas une revente, mais une résolution de la première vente. L'acheteur, qui devient créancier du prix payé, a le droit de rétention (article 1673), sans autre garantie. S'il n'use pas du droit de rétention, il n'a plus que la situation d'un simple créancier chirographaire¹.

2° On refuse le privilège au donateur avec charges, par exemple au donateur à charge de rente viagère. Le créancier des arrérages n'est qu'un créancier chirographaire, à moins qu'une sûreté conventionnelle n'ait été établie pour garantir l'exécution de la prestation. Les charges sont une modalité de la donation, non le prix de l'immeuble ; dès lors, l'article 2103-1° n'est pas applicable².

II. Privilège des copartageants.

504. Sont privilégiés, dit l'article 2103 : « 3° les cohéritiers, sur les immeubles de la succession, pour la garantie des partages faits entre eux, et des soulte ou retour de lots ».

Le texte donne le privilège aux cohéritiers seulement ; mais on est d'accord pour le reconnaître à tout copartageant, quelle qu'ait été la cause de l'indivision : ouverture de succession ou autre événement. Le privilège est un effet du partage ; il appartient au copartageant comme tel, non seulement en cas de partage de succession, mais en cas de

III, p. 284, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 29, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 51 bis V, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 276, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 302. — Cpr. Cass. 11 mai 1863, D. P. 1864.I.191, Sir. 1864.I.357.

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 189, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 285, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 278, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 3, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 51 bis VII, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 580.

2. Douai 6 juillet 1852, D. P. 1854. V. 602, Sir. 1853.II.546, — Agen 4 janvier 1854, D. P. 1855. II. 42, Sir. 1854. II. 350, — Nîmes 29 novembre 1854, D. P. 1855.II.512, — Colmar 30 mai 1865, Sir. 1865.II.348, — Bordeaux 22 juillet 1890, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 206.

Sic : Demolombe, *Donations entre vifs et testaments*, III, n° 576, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 285, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 277. — *Contra* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 188, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IV, n° 96 bis.

partage de communauté (article 1476) et de société (article 1876). L'article 2103-3° doit être entendu dans un sens large¹. Au surplus, il est généralisé, dans le titre même *Des privilèges et hypothèques*, par l'article 2109, qui s'exprime ainsi : « Le cohéritier ou copartageant conserve son privilège... etc. »

505. Le privilège garantit toutes les créances que les copartageants peuvent avoir les uns contre les autres en cette qualité, c'est-à-dire à l'occasion ou par suite d'un partage. Les applications principales sont les suivantes.

1° Le privilège garantit les soultes ou retours de lots. Un des copartageants reçoit un immeuble dont la valeur excède sa part dans la masse commune. Le paiement de la soulte est garanti par un privilège sur l'immeuble.

2° Le privilège garantit les recours en cas d'éviction. Le copartageant évincé de l'immeuble mis dans son lot a un recours contre ses cohéritiers (article 885). L'indemnité qu'ils lui doivent est privilégiée sur les immeubles à eux attribués.

3° Le privilège garantit le prix de licitation de l'immeuble adjudgé à l'un des cohéritiers. L'article 2103-3° ne mentionne pas cette application du privilège, mais l'article 2109

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 200, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 287, texte et note 18 *ter*, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 55 bis I. — Cpr. Cass. 1^{er} mai 1860, D. P. 1860.I.510, Sir. 1861.I.267, — Limoges 22 novembre 1862, D. P. 1863.2.15, Sir. 1863.II.83, — Toulouse 20 mai 1881, Sir. 1883.II.81.

Qu'il s'agisse d'une succession, d'une communauté ou d'une société, le privilège de l'article 2103-3° s'applique toutes les fois qu'intervient un acte mettant fin à l'indivision, sans qu'il y ait à tenir compte de la qualification donnée à cet acte par les parties.

Par exemple, la convention par laquelle un cohéritier vend ses droits indivis à son unique cohéritier constitue un partage, et le privilège appartenant au cédant est celui du copartageant, non celui du vendeur : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 289, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 607, — Cass. 10 novembre 1862, D. P. 1862.I.470, Sir. 1863.I.129, — Nîmes 22 août 1865, Sir. 1866.II.23, — Pau 15 décembre 1890, D. P. 1892.II.120, — Paris 4 février 1892, D. P. 1892.II.145 (note de M. Garsonnet), Sir. 1893.II.89, — Grenoble 20 janvier 1893, Sir. 1893.II.265 (note de M. Wahl), — 17 avril 1894, Sir. 1895.II.79, — Cass. 26 juin 1895, D. P. 1896.I.548, Sir. 1896.I.481 (note de M. Wahl).

Au contraire, la cession de droits successifs qui ne fait pas cesser l'indivision d'une manière complète est une vente, et le cédant n'a pas le privilège du copartageant, mais celui du vendeur : Cass. 3 décembre 1890, Sir. 1891.I.417 (note de M. Wahl), — 4 mars 1891, Sir. 1894.I.411, — Besançon 23 décembre 1891, Sir. 1892.II.258.

Cpr. une application de la même idée : Cass. 9 août 1882, D. P. 1883.I.134, Sir. 1883.I.402, — 15 novembre 1886, D. P. 1887.I.499, Sir. 1890.I.339, — 9 décembre 1894, D. P. 1892.I.68, Sir. 1892.I.59.

complète à cet égard l'article 2103-3°. Si c'est un des cohéritiers qui se porte adjudicataire, la licitation est une opération du partage ; l'adjudicataire reçoit l'immeuble à titre de copartageant, et les autres cohéritiers sont créanciers du prix au même titre. Il est donc naturel que le prix de licitation soit garanti par le privilège des copartageants.

4° Le privilège garantit les récompenses pour dettes payées par l'un des cohéritiers à la décharge des autres (articles 873 et suivants). Le demandeur exerce bien son recours comme copartageant.

5° Le privilège garantit les intérêts qui peuvent être dus accessoirement à l'une des créances qui viennent d'être signalées. Les intérêts sont dus dans les trois cas indiqués par l'article 1652¹. Tous les intérêts dus sont garantis par le privilège. Seulement l'exercice du privilège, la fixation du rang de collocation qu'il confère sont soumis, en ce qui concerne les intérêts, à des règles particulières, résultant de l'article 2151, qui a été modifié par la loi du 17 juin 1893. Nous avons déjà signalé l'existence de ces règles en parlant du privilège du vendeur d'immeuble² ; elles seront exposées plus tard en détail.

Ce sont là toutes créances que les copartageants possèdent les uns contre les autres en qualité de copartageants. Elles sont garanties par le privilège de l'article 2103-3°. Le copartageant créancier est payé, sur les immeubles provenant de l'indivision, par préférence aux créanciers du copartageant débiteur.

506. Pourquoi ? De tous les privilèges sur immeubles, le privilège des copartageants est celui dont la légitimité est le plus contestable.

Les motifs qui l'expliquent, dit-on, sont pareils à ceux qui ont fait admettre le privilège du vendeur. Chaque copartageant — c'est en cela que consiste le partage — échange le droit indivis qu'il avait sur la masse contre un droit exclusif sur une partie de cette masse. Donc les biens communs ne passent dans chaque lot que grevés de ce qui est dû aux copartageants à raison du partage ; par conséquent, ce que l'un des copartageants doit aux autres est garanti par un privilège comme le prix de vente est garanti au vendeur.

1. *Suprà*, n° 502.

2. *Ibid.*

Mais il y a là une illusion, sinon un sophisme. Ce n'est pas le copartageant qui fournit de ses deniers à son copartageant ce qui est mis au lot de celui-ci ; le partage règle seulement ce qui appartenait à chacun des copartageants dans la masse commune. Il n'y a donc aucune analogie avec la vente. S'il y en avait une, pourquoi le privilège des copartageants n'existerait-il que sur les immeubles et pas sur les meubles ?

Aussi, le privilège des copartageants a-t-il été supprimé par la loi hypothécaire qui a précédé le Code civil, celle du 11 brumaire an VII. Le Code l'a rétabli, au nom de l'égalité nécessaire dans les partages. L'égalité, a-t-on dit, est la loi des partages ; or l'égalité entre les copartageants, eût-elle été respectée lors du partage par la façon dont les lots ont été composés, serait rompue si les créances entre copartageants, provenant du partage, n'étaient pas strictement acquittées. Au nom de l'égalité future, il faut que les immeubles mis dans chaque lot restent affectés au paiement de ce qui est dû à raison du partage.

Soit ! Mais il y a une lacune dans ce raisonnement. Pourquoi cette égalité, qui est en effet la loi du partage et qui intéresse assurément les copartageants, serait-elle obtenue aux dépens des créanciers du copartageant débiteur ? Or c'est ce qui résulte du privilège. Il se traduit par un droit de préférence aux dépens des créanciers du copartageant débiteur ; ce sont eux qui font les frais de l'idée d'égalité, résultat assurément fort étrange.

III. *Privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.*

507. L'article 2103-4^o confère ce privilège aux « architectes, entrepreneurs, maçons et autres ouvriers ». Le privilège garantit le paiement des sommes dues à ces créanciers à raison des travaux de construction ou de réparation, plus généralement à raison des travaux d'art exécutés par eux pour des « bâtiments, canaux ou autres ouvrages quelconques ». Il porte sur la plus-value résultant de l'exécution des travaux.

Rien n'est plus légitime. Le créancier a créé la plus-value ; il l'a fait entrer dans le patrimoine du débiteur ; elle ne doit donc devenir le gage des autres créanciers que déduction faite de ce qui lui est dû et après qu'il aura été désintéressé¹.

1. La loi n'accorde le privilège qu'aux architectes, entrepreneurs, maçons,

Pour déterminer le montant exact de la plus-value, qui seule est affectée par privilège, l'article 2103-4^o prescrit, comme condition d'existence du privilège, que deux procès-verbaux soient dressés par un expert « nommé d'office par le « tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâ-
« timents sont situés ». Le premier procès-verbal est dressé avant le commencement des travaux et constate l'état des lieux « relativement aux ouvrages que le propriétaire dé-
« clarera avoir dessein de faire » ; l'autre est dressé dans les trois mois de l'achèvement des travaux et constate la réception des travaux exécutés. La comparaison entre la valeur antérieure aux travaux et la valeur après l'exécution fait ressortir le chiffre de la plus-value et fixe, par suite, l'assiette du privilège.

508. Ainsi organisé, ce privilège paraît être une garantie précieuse pour les architectes, entrepreneurs et ouvriers. En fait cependant, ils négligent le plus souvent d'en profiter, et préfèrent s'assurer le bénéfice de sûretés conventionnelles : caution, nantissement, hypothèque.

Il en est ainsi pour deux raisons.

D'abord, la nécessité du double procès-verbal arrête et inquiète. D'une part, elle est coûteuse, car elle suppose des constatations et estimations souvent délicates ; d'autre part, elle n'est pas sans péril, car si un vice de forme vient à se glisser dans les opérations ou si les constatations des procès-verbaux sont jugées plus tard insuffisantes pour la détermination de la plus-value, le privilège s'évanouit.

De plus, même régulièrement établi, le privilège ne donne qu'une sécurité incertaine et précaire. En effet, il porte bien sur la plus-value créée, mais à la condition qu'elle se retrouve lorsque se produit le fait qui amène la distribution des deniers, et dans la mesure où elle existe encore à ce moment ; il ne porte que sur la plus-value qui subsiste au moment où le créancier exerce son privilège. Or, même si

ou autres ouvriers ayant traité directement avec le propriétaire. En effet, le texte parle des « ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire ». Donc il ne peut appartenir aux sous-entrepreneurs et ouvriers qui sont employés par l'entrepreneur et n'ont pas traité avec le propriétaire. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 210, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 292 et 293, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 45, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 292.

A ce point de vue, le législateur s'est montré moins large pour le privilège que pour l'action directe de l'article 1798 du Code civil.

les procès-verbaux ont été régulièrement faits, quand l'ordre s'ouvre et surtout s'il s'ouvre après un long espace de temps, comment établir dans quelle mesure la valeur actuelle de l'immeuble résulte vraiment des travaux exécutés ? Il y a là une source d'incertitudes inévitables et de conflits avec les autres créanciers. Notre privilège ne constitue donc pas une sûreté, au sens véritable du mot. Et cela explique que les intéressés le négligent, préférant chercher ailleurs des garanties moins aléatoires.

IV. *Privilège des entrepreneurs de dessèchement de marais.*

509. Ce privilège, établi par l'article 23 de la loi du 16 septembre 1807, ressemble beaucoup au précédent. Il n'en diffère qu'en un point : au lieu de travaux d'art — travaux de construction ou de réparation — il s'agit ici de travaux agricoles, auxquels il n'aurait pas été possible d'étendre l'article 2103-4°. La loi du 16 septembre 1807 a créé un privilège spécial, qui porte sur la plus-value donnée aux terrains par les travaux de dessèchement.

La plus-value se détermine au moyen de deux procès-verbaux d'estimation, dressés l'un avant le commencement des travaux (articles 14 et 15), l'autre après leur réception (articles 17 et 18). L'estimation est confiée à trois experts ; le premier est désigné par les syndics, le second par les concessionnaires ou le Préfet selon que les travaux sont ou ne sont pas exécutés par l'Etat, le troisième par le Préfet ou le Ministre de l'Intérieur suivant la même distinction.

V. *Privilège du bailleur des fonds employés à la recherche et à la mise en exploitation d'une mine.*

510. L'article 20 de la loi du 21 avril 1810 est ainsi conçu :
 « Une mine concédée pourra être affectée par privilège en
 « faveur de ceux qui, par acte public et sans fraude, justifie-
 « raient avoir fourni des fonds pour les recherches de la mine,
 « ainsi que pour les travaux de construction ou confection de
 « machines nécessaires à son exploitation, à la charge de se
 « conformer aux articles 2103 et autres du Code civil relatifs
 « aux privilèges. »

« Pourra être affectée », dit le texte. L'expression est évi-

demment vicieuse. Il aurait fallu dire : « sera affectée ». En effet, les privilèges sont légaux.

Ce privilège repose encore sur une idée de plus-value. On a voulu, dans un but d'intérêt public, encourager la recherche et la mise en exploitation des mines, en garantissant avec efficacité le remboursement des avances nécessaires à ces opérations.

Il faut noter que le privilège existe seulement en ce qui concerne la recherche et la mise en exploitation des mines. Il n'existe pas quand il s'agit de carrières ¹.

VI. *Privilège pour le recouvrement des sommes dues à raison de travaux de drainage.*

511. La loi du 17 juillet 1856 garantit ce recouvrement au moyen de deux privilèges distincts. Le premier porte sur les récoltes ou revenus des terrains drainés ; c'est un privilège mobilier, dont nous avons parlé précédemment ². Le second est un privilège immobilier, portant sur les terrains drainés eux-mêmes (articles 3 à 5).

Ce privilège immobilier appartient d'abord aux entrepreneurs de travaux, pour le paiement du montant de ces travaux (article 4-3^o). En outre, il garantit le remboursement des prêts consentis soit par l'Etat (article 3, *in fine*), auquel le Crédit foncier a été substitué par l'article 2 de la loi du 28 mai 1858, — soit par un syndicat (article 4-1^o), — soit par un simple particulier (article 4-2^o et 4^o).

Dans tous les cas, le privilège ne porte pas sur les terrains drainés, quoique l'article 3 *in fine* paraisse le dire. Il porte seulement sur la plus-value procurée aux terrains drainés par les travaux de drainage, et ne porte même que sur la plus-value existante à l'époque de la réalisation des terrains ³. La détermination de la plus-value se fait au moyen de deux procès-verbaux d'expertise, rédigés l'un avant, l'autre après l'exécution des travaux (articles 5 et suivants).

VII. *Privilège de l'Etat sur les immeubles des comptables.*

512. Il est établi par l'article 4 de la loi du 5 septembre 1807.

1. Metz 7 février 1866, D. P. 1866.II.31.

2. *Suprà*, tome I, p. 418.

3. *Cpr. suprà*, p. 43.

L'Etat possède, sur les biens des comptables, des garanties diverses, dont nous avons déjà noté quelques-unes, et qui s'expliquent toutes par l'intérêt supérieur de la sécurité des deniers publics.

Il a, d'abord, un privilège général sur les meubles des comptables (loi du 5 septembre 1807, article 2). Nous l'avons mentionné parmi les privilèges mobiliers appartenant au Trésor ¹.

Il a, de plus, le privilège de premier ordre sur le cautionnement, qui est un privilège spécial (loi du 5 septembre 1807, article 3) ².

Enfin, les immeubles du comptable, s'il en a, sont affectés par préférence aux comptes qu'il doit.

Le Code de 1804 les a grevés, à cet effet, d'une hypothèque (article 2121-4^o); c'est un cas d'hypothèque légale. Puis on a jugé qu'il fallait faire davantage; et la loi du 5 septembre 1807, sans abroger l'article 2121, l'a modifié. Parmi les immeubles des comptables, les uns restent affectés d'une hypothèque par application de l'article 2121, les autres sont affectés d'un privilège par application de la loi de 1807.

L'article 4 de la loi de 1807 précise dans quels cas il y a privilège et dans quels cas hypothèque.

Sont affectés par privilège, en vertu de la loi de 1807: 1^o les immeubles acquis par le comptable à titre onéreux depuis sa nomination, — 2^o les immeubles acquis par la femme du comptable dans les mêmes conditions, à moins qu'elle ne justifie de la propriété des deniers employés à l'acquisition.

Restent affectés par hypothèque, aux termes de l'article 2121, tous les autres immeubles du comptable, ce qui comprend: 1^o les immeubles qui lui appartenaient au moment de sa nomination, à quelque titre qu'ils aient été acquis, — 2^o ceux qu'il a acquis ultérieurement à titre gratuit.

La raison de cette distinction est la suivante. Quand un comptable est en débet — et l'Etat n'a besoin de garanties que dans ce cas — c'est qu'il a détourné les fonds de la caisse à lui confiée; les acquisitions à titre onéreux contemporaines du détournement sont donc suspectes, qu'elles aient été

1. *Suprà*, tome I, p. 417.

2. *Ibid.*, p. 345.

faites par le comptable ou par sa femme. Il a paru juste que les immeubles acquis à titre onéreux fussent affectés plus étroitement que les autres ; ils sont grevés d'un privilège, au lieu de l'être seulement d'une hypothèque.

En cela, les articles 4 et 6 de la loi de 1807 ont modifié gravement l'article 2121.

VIII. *Privilège du domanier.*

513. Ce privilège a été créé par l'article 5 de la loi du 8 février 1897 sur les domaines congéables ¹.

Dans le bail à domaine congéable ou à convenant, le preneur, qu'on appelle indifféremment domanier, colon ou convenancier, a la jouissance du fonds moyennant une redevance et acquiert la propriété des édifices et superficies élevés par lui postérieurement au contrat. Ces droits du preneur subsistent tant que le bailleur n'exerce pas le droit de *congément*, ou droit de congédier le domanier, auquel il doit rembourser, dans ce cas, la valeur des édifices et superficies, — ou tant que le preneur ne dénonce pas la convention, ce qui s'appelle *faire exponse*, cas auquel il a droit à une indemnité représentant la plus-value donnée au fonds par les édifices et superficies ².

Le privilège établi par la loi du 8 février 1897 garantit au domanier le paiement de l'indemnité à laquelle il a droit en cas d'exponse. « Les édifices et superficies et, en cas d'insuffisance, le fonds seront affectés par privilège à la garantie de la créance du domanier », dit l'article 5 alinéa 2.

La logique aurait commandé d'accorder privilège dans les deux cas de congément et d'exponse ; mais le texte est formel, et les textes, en matière de privilèges, doivent être interprétés d'une manière étroite. L'anomalie résulte probablement de ce que la loi de 1897 a été faite essentiellement pour régler l'exercice du droit d'exponse ; l'hypothèse du congément n'était pas dans les prévisions immédiates du législateur, et cette hypothèse a été omise lors de l'établissement du privilège ³.

1. Sur une particularité relative à la promulgation de cette loi, voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 638, texte et note 2.

2. Voy. pour plus de détails Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 563 et 564.

3. Cpr. Planiol, *loc. cit.*, p. 866.

IX. *Privilège des créanciers héréditaires et légataires qui demandent la séparation des patrimoines.*

514. Nous avons déjà rencontré ce privilège parmi les privilèges spéciaux sur les meubles ¹. Nous le retrouvons parmi les privilèges spéciaux sur les immeubles.

Les articles 878 et suivants donnent aux créanciers héréditaires et aux légataires ² le droit de demander ³ la séparation relativement aux biens meubles ou immeubles de la succession. Si donc la séparation des patrimoines est un privilège, il porte sur les meubles et sur les immeubles.

Sous ces deux formes, la séparation des patrimoines, si elle est demandée par les créanciers ou légataires, leur donne la faculté d'être payés sur les biens héréditaires, plus exactement sur le prix de ces biens, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Nous n'avons pas à présenter ici la théorie complète de la séparation des patrimoines, qui a son siège au titre *Des successions*. Il suffira de noter les points par lesquels cette théorie, relativement aux immeubles, se rattache au régime hypothécaire.

515. Elle s'y rattache dans une certaine mesure. En effet, si la séparation des patrimoines n'est pas mentionnée dans l'article 2103, qui énumère les privilèges sur immeubles, elle est mentionnée dans l'article 2111, qui la qualifie formellement de privilège à propos du rang de collocation à

1. *Suprà*, tome I, p. 412.

2. La séparation des patrimoines ne peut être demandée que par les légataires particuliers, et encore par ceux-là seuls à qui le *de cuius* a légué des objets déterminés uniquement quant à leur genre ; les légataires particuliers d'objets individuellement désignés n'ont aucun intérêt à s'en prévaloir. Elle est refusée aux légataires universels ou à titre universel, qui trouvent une garantie suffisante dans la présomption de l'article 883 : Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 4055, — Bruxelles 4 juin 1892, D. P. 1893. II. 96, Sir. 1892. IV. 32, — Lyon 6 juillet 1892, D. P. 1893. II. 96, Sir. 1892. II. 280. — Mais tous les créanciers du défunt peuvent l'invoquer, quel que soit leur titre, car ils tiennent cette faveur de la loi : Agen 18 juillet 1894, D. P. 1895. II. 217 (note de M. de Loynes), Sir. 1895. II. 177.

3. En règle, la demande doit être formée contre les créanciers de l'héritier. La jurisprudence admet qu'elle peut l'être également contre l'héritier lui-même, solution sinon très juridique, du moins très pratique quand les créanciers de l'héritier sont inconnus : Paris 2 novembre 1889, Sir. 1890. I. 215, — Bruxelles 4 juin 1892, D. P. 1893. II. 96, Sir. 1892. IV. 32, — Lyon 6 juillet 1892 D. P. 1893. II. 96, Sir. 1892. II. 280.

l'ordre, et la soumet à la formalité de l'inscription, comme les autres privilèges sur immeubles et les hypothèques.

Donc la séparation des patrimoines et les privilèges sont des droits au moins similaires.

Seulement jusqu'où va l'assimilation ? Il y a doute à cet égard, et le doute porte sur le point suivant : la séparation des patrimoines, qui est certainement une cause de préférence pour les créanciers et légataires au regard des créanciers personnels de l'héritier, est-elle un privilège au sens complet du mot ? La question ne se pose pas à propos de la séparation appliquée aux meubles, parce que les privilèges, en matière de meubles, se réduisent presque toujours à de simples droits de préférence, au moins en fait ¹. Mais elle se pose à propos de la séparation des patrimoines appliquée aux immeubles.

516. Il faut se garder de croire — erreur trop souvent commise — que la solution donnée à cette question implique celle de toutes les difficultés que soulève la théorie de la séparation des patrimoines. Cette théorie fait naître des difficultés qui lui sont propres et qui sont complètement indépendantes de ses rapports avec le régime hypothécaire.

Il en est ainsi pour quatre questions qui se posent sous les articles 878 et suivants.

1° Les créanciers séparatistes, en cas d'insuffisance des biens héréditaires sur lesquels ils sont payés par préférence, ont-ils action sur les biens personnels de l'héritier ? Il faut répondre affirmativement. Dès que l'héritier a accepté, il est tenu sur ses propres biens ; la séparation des patrimoines, qui intervient dans l'intérêt des créanciers et légataires, ne peut être retournée contre eux. La question de savoir si la séparation des patrimoines est un véritable privilège n'a aucun rapport avec celle-ci.

2° La séparation des patrimoines remédie-t-elle, au profit des créanciers et légataires, aux inconvénients que peut avoir, quant à eux, la division des dettes entre les héritiers ? En cas de séparation demandée contre tous les héritiers, le séparatiste peut-il agir contre chaque héritier jusqu'à concurrence des biens héréditaires qu'il détient, ou seulement dans la limite de ce qu'il doit personnellement ?

1. *Suprà*, tome I, p. 229 et suiv.

En cas de privilège ou d'hypothèque antérieure au décès, le doute est impossible. Le créancier, qui avait privilège ou hypothèque du vivant du *de cuius*, peut agir contre les héritiers du débiteur personnellement pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout contre le détenteur de l'immeuble (article 873).

En est-il de même des créanciers séparatistes, qui acquièrent un privilège ? Obtiennent-ils, par suite de la séparation des patrimoines, un droit sur l'ensemble des biens héréditaires, droit leur permettant d'agir hypothécairement pour le tout contre l'héritier détenteur d'un immeuble héréditaire ?

La jurisprudence répond négativement¹. La séparation n'augmente pas les droits des créanciers ; elle les laisse subsister tels quels et n'empêche pas la division des dettes (article 1220). Chaque héritier, en cas de séparation, n'est toujours tenu des dettes héréditaires que pour sa part ; en d'autres termes, le droit spécial des créanciers ou légataires séparatistes n'existe contre les créanciers de l'héritier que dans la limite de l'action qu'ils ont contre l'héritier personnellement. De sorte que les héritiers ne peuvent toujours être poursuivis que jusqu'à concurrence de ce qu'ils doivent personnellement, non jusqu'à concurrence des biens héréditaires qu'ils détiennent, même en cas de séparation demandée contre tous.

Cette question est encore indépendante de la question de savoir si la séparation des patrimoines est un véritable privilège, bien qu'on les rattache souvent l'une à l'autre². Même en considérant la séparation comme un vrai privilège, on peut admettre que ce privilège ne prend naissance qu'accessoirement à l'obligation divisée de chaque héritier et dans la limite de cette obligation. Ce n'est pas l'ensemble des immeubles héréditaires qui est affecté par privilège au paiement des dettes héréditaires ; c'est au regard de chaque héritier que les biens mis dans son lot sont affectés aux créanciers héréditaires pour la part de la dette que l'héritier leur doit. En d'autres termes, les dettes se divisent de

1. Cass. 10 juillet 1893, D. P. 1894. I. 5 (note de M. Loynes), Sir. 1894. I. 177 (note de M. Tissier).

2. M. Labbé (note dans Sir. 1872. I. 153) prétend que la question de l'indivisibilité est liée à celle de savoir si la séparation des patrimoines constitue un privilège. — Cpr. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 326.

droit (article 1220); le privilège, s'il y a privilège, ne naît à l'encontre des créanciers de l'héritier que jusqu'à concurrence de la part de dette qui lui incombe.

Les deux questions sont si bien distinctes que la Cour de cassation qui — nous allons le voir — reconnaît à la séparation des patrimoines le caractère d'un véritable privilège, décide qu'elle ne modifie en rien les effets de la division des dettes.

3° La question se pose de savoir si la séparation des patrimoines produit effet entre les créanciers héréditaires pour le règlement de leurs rapports entre eux.

La réponse doit être négative. La séparation garantit le gage de tous les créanciers héréditaires; ils viennent entre eux au rang que fixe à chacun son droit particulier: au marc le franc s'ils sont chirographaires, à leur rang respectif s'il existe entre eux des causes de préférence. Le droit résultant de la séparation des patrimoines existe pour chaque créancier héréditaire contre les créanciers personnels de l'héritier, non contre les autres créanciers héréditaires¹.

Qu'importe, à cet égard, que la séparation des patrimoines soit ou non un véritable privilège?

4° Il y a doute sur le point de savoir si les créanciers ou légataires ont à demander la séparation des patrimoines quand l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire. La jurisprudence répond que le bénéfice d'inventaire, si l'héritier y recourt, vaut séparation des patrimoines au profit des créanciers héréditaires². La thèse est contestable. En tout cas, elle est absolument étrangère à la question de savoir si la séparation des patrimoines est un véritable privilège.

Ces quatre questions doivent être mises de côté. Elles sont à résoudre d'après les règles qui constituent la théorie de la séparation des patrimoines³.

517. Alors quel intérêt pratique y a-t-il à rechercher si la

1. Trib. de la Seine 12 décembre 1882, *Le Droit* du 30 décembre. — Toulouse 5 juin 1889, Sir. 1891.II.117. — Cass. 15 juillet 1891, D. P. 1893. I. 465 (note de M. de Loynes), Sir. 1891.I.409. — Bordeaux 22 janvier 1894, D. P. 1896.II.235.

2. Voy. en dernier lieu Pau 10 janvier 1887, D. P. 1887.II.173. — Douai 17 mai 1890, D. P. 1891.II.93 et la note. — Cpr. Aubry et Rau, 4^e édition, VI, p. 504 et 505.

3. Aussi n'avons-nous fait que signaler ici ces questions, sans insister sur les solutions. Le siège de la matière est à la partie du *Cours de droit civil* qui a pour objet *Les successions ab intestat*,

séparation des patrimoines, qui est incontestablement une cause de préférence, est ou n'est pas un vrai privilège ?

Cet intérêt est triple.

PREMIER INTÉRÊT.

518. De là dépend d'abord la question de savoir si les créanciers ou légataires qui invoquent la séparation des patrimoines ont ou non le droit de suite.

Ont-ils seulement le droit d'être payés sur le prix des immeubles héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier ? Ou bien la séparation des patrimoines est-elle un privilège emportant droit de suite, leur permettant de saisir les immeubles héréditaires sur les tiers acquéreurs en cas d'aliénation par l'héritier ?

La réponse est loin d'être certaine.

519. La pensée première des rédacteurs du Code civil a été de ne voir dans la séparation des patrimoines qu'une simple cause de préférence. L'ancien droit l'avait envisagée ainsi ; d'après les auteurs et dans la pratique, la séparation protégeait les créanciers héréditaires contre le concours des créanciers personnels de l'héritier, mais n'enlevait point à celui-ci le droit de disposer de l'immeuble¹. Les rédacteurs du Code l'ont envisagée de même au titre *Des successions* ; ils n'ont vu en elle qu'un droit entre créanciers, autrement dit un simple droit de préférence. Cela ressort de l'article 878 : les créanciers de la succession « peuvent demander « dans tous les cas, et contre tout créancier, la séparation du « patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier ». Cela ressort mieux encore du second alinéa de l'article 880 ; loin de supposer que les créanciers aient le droit de suite, il subordonne leur action à la condition que les immeubles soient encore aux mains de l'héritier : « A l'égard des im- « meubles, l'action peut être exercée tant qu'ils existent dans « la main de l'héritier. » Donc la séparation n'est qu'un droit de préférence, garantissant les créanciers héréditaires contre les créanciers personnels de l'héritier ; elle n'est pas un vrai privilège, donnant le droit de saisir sur les tiers-acquéreurs.

Cette manière de concevoir la séparation des patrimoines

1. Pothier, *Successions*, chapitre V, édition Bugnet, VIII, p. 220.

est rationnelle, car elle concorde exactement avec le but théorique de la séparation.

Pourquoi l'accorde-t-on aux créanciers héréditaires ? Pour leur conserver, à l'exclusion des créanciers de l'héritier, le droit de gage qu'ils avaient du vivant de leur débiteur, nullement pour leur conférer un droit nouveau et plus efficace. Or le droit de gage général ne les protégeait pas contre les aliénations éventuelles consenties par le débiteur. Donc, le débiteur une fois mort, il suffit, pour conserver aux créanciers le bénéfice de leur situation antérieure, de leur accorder un droit de préférence contre les créanciers de l'héritier ; il n'est pas nécessaire de leur conférer un droit de suite qu'ils n'avaient pas.

En résumé, ni les origines de la séparation des patrimoines, ni son but normal, ni les règles qui la concernent au titre *Des successions* n'autorisent à voir en elle autre chose qu'un droit de préférence ¹.

520. Si donc elle constitue un véritable privilège, conférant au créancier droit de préférence et droit de suite, c'est que la pensée première des rédacteurs du Code aurait été modifiée. L'a-t-elle été ? Toute la question est là.

On peut soutenir que les articles 2111 et 2113, au titre *Des privilèges et hypothèques*, ont implicitement modifié le système d'abord admis au titre *Des successions* ², et fait d'une simple cause de préférence un véritable privilège avec toutes les conséquences qui en résultent

En effet, l'article 2111 donne formellement à la séparation des patrimoines la qualification de privilège et la soumet à l'inscription. N'est-ce pas, dès lors, qu'il a transformé le droit contre les créanciers en un vrai droit sur l'immeuble, opposable comme tel aux tiers acquéreurs, en un véritable privilège immobilier ? Peut-être cependant n'y a-t-il là qu'une équivoque ; car le mot privilège a deux sens ; un sens technique, dans lequel il désigne un droit réel conférant droit

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 299. — Aubry et Rau, 4^e édition, V. p. 500 et 501, texte et note 67. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 329. — Trib. d'Aix 18 mars 1873, Sir. 1874. II, 25. — Trib. d'Espalion 21 janvier 1886, *Gazette du Palais*, 1886. II. 28. — Trib. de la Seine 26 janvier 1887, *La Loi* du 20 février et *Le Droit* du 2 avril 1887. — Bordeaux 19 février 1895, D. P. 1896. II. 276, Sir. 1896. II. 27.

2. Le titre *Des successions* a été promulgué le 9 floréal an XI (29 avril 1803) ; celui *Des privilèges et hypothèques* le 8 germinal an XII (29 mars 1804),

de préférence et droit de suite, — puis un sens vulgaire, dans lequel il désigne toute cause de préférence ; et il se pourrait que le mot privilège ait été pris, dans l'article 2111, comme synonyme de préférence.

L'article 2113 est autrement décisif. Il déclare que les privilèges à l'égard desquels les formalités de publicité — autrement dit d'inscription — n'auraient pas été remplies dans un délai déterminé dégènerent en hypothèques. Par la place qu'il occupe, par sa rédaction, l'article 2113 s'applique à tous les cas prévus aux articles précédents (2108 à 2112), notamment à la séparation des patrimoines. Or, toute hypothèque emporte le droit de suite (article 2114 alinéa 3). Donc, si la séparation non régulièrement inscrite et devenue par là simple hypothèque confère le droit de suite, à plus forte raison la séparation régulièrement inscrite doit-elle produire le même effet.

521. Telles sont les deux argumentations en présence : l'une historique, l'autre empruntée aux textes.

Pendant longtemps, la grande majorité des auteurs, fidèles à la théorie traditionnelle, n'ont vu dans la séparation des patrimoines qu'une simple cause de préférence, opposable seulement par les créanciers héréditaires aux créanciers de l'héritier. L'article 2111, disait-on, n'a pas transformé le système de l'article 878, puisqu'il renvoie à cet article¹.

Mais il s'est fait peu à peu dans la pratique un revirement d'opinion, dont voici la cause. Avec nos idées modernes, d'après lesquelles l'inscription sur les registres de la conservation rend le droit acquis opposable aux tiers, il devient difficile de faire admettre à un créancier, lorsqu'il a conservé son droit par l'inscription, qu'il n'a pas le droit de suivre l'immeuble entre les mains des tiers détenteurs. L'article 2166 ne dit-il pas que « les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe... » ? Il est vrai que ce texte ne résout pas la question, puisqu'elle est précisément de savoir si la séparation des patrimoines est un privilège ; mais, comme l'article 2111 donne explicitement à la séparation le nom de

1. En ce sens : Gabriel Demante, *Revue critique de droit*, année 1854, p. 177, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, III, n° 222 bis I, — IX, n° 59 bis I et suiv., — Demolombe, *Successions*, V, nos 208 et 209.

privilège, le rapprochement des articles 2111 et 2166 fournit une argumentation des plus solides.

Telle est la manière de voir que la Cour de cassation a consacrée par arrêt de la Chambre des requêtes en date du 27 juillet 1870 ¹ : « Au point de vue du privilège de séparation des patrimoines, dit la Cour, soit que l'on s'attache « aux termes de l'article 880 du Code civil, soit que l'on « prenne pour règle l'article 2111, il est évident que la vente « du 13 septembre 1867 ne pouvait préjudicier à la sépara- « tion des patrimoines inscrite dès le 5 du même mois. » Cette thèse est avantageuse aux créanciers héréditaires, qui conservent leurs droits, s'ils ont pris inscription, malgré l'aliénation faite par l'héritier ; elle est conforme à l'effet ordinaire de l'inscription en matière hypothécaire, tel qu'il ressort de l'article 2166.

L'arrêt de 1870 est important et remarquable. D'une part, il est le seul que la Cour de Cassation ait rendu sur la question ; quelques Cours d'appel s'étaient déjà placées au même point de vue ², mais la Cour de Cassation n'avait pas eu, jusqu'en 1870, l'occasion de se prononcer. D'autre part, la rédaction de l'arrêt est frappante ; il ne discute ni ne prouve, et se contente d'une affirmation pure et simple. La démonstration n'est pas même tentée ; il semble qu'elle soit superflue. La thèse est déclarée évidente sans démonstration aucune, bien qu'elle ait contre elle tous les précédents avant le Code civil et presque tous les interprètes depuis lors.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt de 1870 a fait entrer la question dans une phase nouvelle. Il est vraisemblable que l'idée du droit de suite finira par l'emporter ³. Mais il faut convenir

1. D. P. 1871. I. 352, Sir. 1872. I. 153.

2. Voy. notamment : Nîmes 19 février 1829, Sir. 1829. II. 214, — Colmar 3 mars 1834, Sir. 1834. II. 678, — Orléans 2 août 1840, Sir. 1841. II. 513, — Metz 27 mai 1868, D. P. 1868. II. 103, Sir. 1868. II. 281. — Depuis l'arrêt de 1870, les Cours d'appel se sont fréquemment prononcées en faveur de la même thèse. Voy. Pau 10 janvier 1887, D. P. 1887. II. 173, — Aix 4 décembre 1893, D. P. 1895. II. 273 (note de M. de Loynes), Sir. 1896. II. 17 (note de M. Albert Tissier).

3. Sur l'évolution des idées juridiques à cet égard, voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 872, — Paul Magnin, *Étude sur la publicité des transmissions de droits immobiliers et les livres fonciers*, p. 326, — et surtout le rapport de M. Léon Michel à la commission extraparlementaire du cadastre dans la séance du 8 décembre 1892 (*Procès-verbaux de la commission du cadastre*, fascicule III).

La proposition de réforme hypothécaire déposée à la Chambre le 1^{er} février

que la solution admise n'est pas logique. En effet, elle aboutit à ce résultat que les créanciers acquièrent, par la mort du débiteur, un droit qu'ils n'avaient pas de son vivant. Leur droit de gage était exposé à disparaître avec l'aliénation ; il se transforme en un vrai privilège avec droit de suite. Aussi, malgré l'arrêt de 1870, la question reste controversée. Le tribunal de la Seine, notamment, ne s'est pas rendu ; plusieurs jugements ont statué contrairement à l'arrêt de 1870 avec le même laconisme affirmatif¹.

DEUXIÈME INTÉRÊT.

522. Il n'est qu'une application et comme un aspect particulier du précédent. Il se rapporte au point de savoir si les créanciers ou légataires séparatistes ont la faculté de faire la surenchère du dixième en cas d'aliénation de l'immeuble par l'héritier et de purge par l'acquéreur.

Voici en quoi consiste cette faculté. En cas d'aliénation d'un immeuble grevé d'hypothèque ou de privilège, si l'acquéreur procède à la purge, le créancier a le droit de requérir la mise de l'immeuble aux enchères publiques, afin qu'on en obtienne le plus haut prix possible (article 2185). Par ce moyen le créancier empêche que son gage ne soit déprécié ; s'il estime que le prix mis en distribution est inférieur à la valeur réelle de l'immeuble, il requiert que ce prix soit fixé par adjudication publique.

Or les créanciers privilégiés ou hypothécaires inscrits sur l'immeuble ont seuls le droit de surenchère, qui est une des formes du droit de suite. Les créanciers séparatistes peuvent-ils l'exercer ? Oui, dans la doctrine de l'arrêt de 1870. Non, dans la doctrine opposée ; dans cette doctrine, en effet, la séparation des patrimoines est un droit que les créanciers peuvent faire valoir dans leurs rapports respectifs, sans pouvoir l'opposer aux tiers.

La pratique générale reconnaît depuis longtemps aux

1894 par MM. Brisson, Leygues et Dupuy-Dutemps réduit à trois mois le délai de l'article 2111, sans toucher la question du privilège. Le dernier projet, déposé le 27 octobre 1896 par M. Darlan, garde des sceaux, fait de la séparation des patrimoines un véritable privilège, mais ne s'explique pas clairement sur les questions relatives au droit de suite. Voy. la critique de ce projet par M. de Loynes, dans la *Revue critique*, 1897, p. 229 et suiv.

1. Jugement précité du 26 janvier 1887, *La Loi* du 20 février, *Le Droit* du 2 avril 1887.

créanciers séparatistes la faculté de surenchérir¹. En effet, la garantie donnée aux créanciers héréditaires serait illusoire sans cette faculté. Ils ont un droit sur les immeubles de la succession ; l'héritier les aliène à vil prix, et l'acquéreur purge en leur offrant son prix ; s'ils ne pouvaient surenchérir, ils seraient à la discrétion complète de l'héritier. Mais alors, puisque la faculté de surenchérir n'est qu'une forme du droit de suite, les créanciers séparatistes ont le droit de suite ; par conséquent la séparation des patrimoines est un véritable privilège. La logique le veut aussi. Peu à peu, l'ancien droit de préférence devient un privilège. A ce point de vue encore, la jurisprudence consacrée par l'arrêt de 1870 finira par prévaloir, en dépit des résistances que lui opposent certains tribunaux de première instance².

TROISIÈME INTÉRÊT.

523. Il se rapporte à la question de savoir si le débiteur peut, par application de l'article 2161, demander la réduction des inscriptions prises par le créancier séparatiste.

Un débiteur a manifestement intérêt à empêcher que son crédit ne soit inutilement obéré. Si donc un créancier, ayant le droit de prendre des inscriptions sur plusieurs immeubles, en prend plus qu'il n'en faut, le débiteur peut faire réduire les inscriptions à ce qui est nécessaire pour la sûreté de la créance.

Le peut-il quand les inscriptions ont été prises par un créancier séparatiste ? En d'autres termes, l'article 2161 est-il applicable en cas de séparation des patrimoines ?

La jurisprudence se prononce pour la négative, alléguant que la séparation des patrimoines ne répond pas d'une manière complète à la définition que l'article 2095 donne du privilège. Les arrêts³ font observer que la séparation est une garantie collective, accordée à l'ensemble des créanciers de la succession et des légataires, et ne procurant aux créanciers ou légataires qui ont requis l'inscription aucun droit de pré-

1. Cass. 27 juillet 1870, D. P. 1871.I.352, Sir. 1872.I.153.

2. Voir les jugements rapportés *suprà*, p. 23, note 1.

3. Trib. de Rouen 30 avril 1883, *La Loi* du 30 juin 1883, — Paris 17 avril 1884, D. P. 1886.II.81 (note de M. Mérygnac), Sir. 1886.II.197, — Toulouse 5 juin 1889, Sir. 1891. II. 117, — Cass. 15 juillet 1891, D. P. 1893.I.465 (note de M. de Loynes), Sir. 1891.I.409. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1924.

férence sur ceux qui ont négligé de le faire. Donc, tant que la succession n'est pas définitivement liquidée, il ne saurait être question de réduire à tels ou tels immeubles déterminés l'inscription des séparatistes ; si la réduction était possible, les créanciers ou légataires ayant pris inscription devraient subir, sur les biens grevés, le concours des créanciers ou légataires n'ayant pas pris la même précaution, et risqueraient de ne pas être désintéressés intégralement par le prix des immeubles sur lesquels leur garantie aurait été cantonnée.

B. — Privilèges généraux sur les immeubles.

524. Ces privilèges sont de deux espèces.

a) Les premiers sont indiqués par l'article 2104 : « Les privilèges qui s'étendent sur les meubles et sur les immeubles sont ceux énoncés en l'article 2101. » Nous avons déjà dit¹ que les privilèges de l'article 2101 portent sur le patrimoine tout entier : principalement sur les meubles, subsidiairement sur les immeubles en cas d'insuffisance du mobilier².

Cette règle doit s'entendre non seulement des cinq privilèges généraux sur les meubles énumérés en 1804 dans l'article 2101, mais des trois privilèges de même nature créés par les lois des 23 décembre 1874, 27 décembre 1895 et 9 avril 1898³. En effet ces diverses lois, en instituant de nouveaux privilèges, les ont incorporés à l'énumération de l'article 2101⁴, de sorte qu'ils doivent être considérés comme « énoncés en l'article 2101 ».

Mais si l'article 2104 est applicable aux privilèges généraux sur meubles de l'article 2101 et autres assimilés, il reste étranger aux privilèges généraux sur meubles institués par

1. *Suprà*, tome I, p. 312 et 329.

2. Toutefois, le privilège des frais de justice ne s'étend aux immeubles que si ces frais ont été faits dans une procédure intéressant à la fois les meubles et les immeubles. En effet, les frais de justice ne sont privilégiés qu'au regard des créanciers dans l'intérêt desquels ils ont été faits (*suprà*, tome I, p. 314 et suiv.). Ainsi, malgré le texte très général de l'article 2104, les frais des ventes mobilières ne sont pas privilégiés sur le prix des immeubles. — Voy. Cass. 25 juillet 1893, D. P. 1893. I. 599, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 209 et 278, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 316.

3. *Suprà*, tome I, n^o 365, p. 314.

4. *Ibid.*, p. 321, 324 et 328. — A plus forte raison la règle doit-elle s'entendre du privilège établi par l'article 549 du Code de commerce ; il ne se distingue pas, en effet, du privilège de l'article 2101-4^o, dont il n'est qu'une application nouvelle. Voy. *suprà*, tome I, p. 323.

des lois spéciales au profit du Trésor ¹. La solution n'est pas douteuse ², bien qu'elle semble écartée par certains auteurs ³. En effet, l'article 2104 ne fait pas porter subsidiairement sur les immeubles tous les privilèges généraux sur les meubles, mais seulement ceux qui sont « énoncés en l'article 2101 ». La loi du 5 septembre 1807 fournit, d'ailleurs, un argument décisif en ce sens. Après avoir accordé au Trésor un privilège général sur les meubles pour le recouvrement des frais de justice criminelle (article 2) ⁴, elle lui accorde expressément un privilège général sur les immeubles comme garantie de la même créance (article 3) ⁵; l'institution de ce privilège aurait été sans objet si l'article 2104 était applicable aux privilèges généraux sur meubles accordés au Trésor.

Les privilèges visés par l'article 2104 affectent la généralité des immeubles du débiteur pour la même raison qui fait qu'ils affectent la généralité de ses meubles ⁶. Il n'y a aucun rapport entre la créance garantie et tel immeuble plutôt que tel autre; dès lors, tous les immeubles sont affectés par le privilège.

On sait qu'ils ne portent sur les immeubles que d'une façon subsidiaire. De là découlent deux conséquences.

1° Le créancier qui a omis par négligence, à plus forte raison par collusion, de produire à la distribution du prix des meubles, est déchu de son privilège sur les immeubles, dans la mesure au moins de ce qu'il aurait pu toucher dans la contribution ⁷.

2° Le créancier, quand il produit à l'ordre ouvert sur le prix d'un immeuble, peut être renvoyé à discuter d'abord les meubles du débiteur. Du moins, il n'est colloqué que provisoirement, sauf réduction ultérieure à la partie de la dette dont il ne sera pas payé sur la masse mobilière ⁸.

1. *Suprà*, tome I, p. 415 et suiv.

2. *Ibid.*, p. 312.

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 278, note 4, — p. 307, texte et note 27.

4. *Suprà*, tome I, p. 417.

5. *Infrà*, p. 30.

6. *Suprà*, tome I, n^o 364, p. 313.

7. Cette déchéance existe non seulement au profit des autres créanciers privilégiés, mais aussi au profit des créanciers hypothécaires. Seuls les créanciers chirographaires ne peuvent pas s'en prévaloir, parce qu'ils n'ont stipulé aucune sûreté spéciale.

8. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 243, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 279, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 381.

b) En second lieu, il faut signaler comme portant sur tous les immeubles un privilège du Trésor : le privilège pour le recouvrement des frais en matière pénale (loi du 5 septembre 1807, article 3). L'Etat possède, comme garantie de ce recouvrement, un privilège sur les meubles (loi de 1807, article 2)¹ ; il est en outre muni d'un privilège sur les immeubles (article 3).

Ce privilège ne porte-t-il sur les immeubles que d'une façon subsidiaire, conformément à l'article 2104, ou les affecte-t-il d'une manière principale ? Certains auteurs soutiennent qu'il ne les affecte que subsidiairement². Mais cela n'est écrit nulle part.

§ 2. — De l'exercice des privilèges sur les immeubles.

525. De même que les privilèges sur les meubles, les privilèges sur les immeubles sont des bénéfiques légaux, inhérents à certaines créances. Puisqu'ils résultent de la qualité de la créance, ils naissent et sont acquis au créancier en même temps que la créance elle-même.

Toutefois, leur efficacité réelle et pratique est subordonnée à deux formalités.

1° Le créancier, pour exercer son privilège, doit l'avoir inscrit. En effet, l'article 2106 est ainsi conçu : « Entre les « créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard « des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par « inscription sur les registres du conservateur des hypothèques, de la manière déterminée par la loi et à compter de « la date de cette inscription. » Donc le créancier ne peut exercer son privilège, au moins en règle générale, qu'à la condition de l'avoir préalablement inscrit. Il le conserve par l'inscription.

2° Le créancier doit produire à l'ordre ouvert sur le prix et produire en temps utile, sous peine de forclusion. La production à l'ordre est le mode pratique d'exercice des privilèges sur les immeubles.

Reprenons ces deux notions.

1. *Suprà*, tome I, p. 417.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 307, texte et note 27.

A. — De l'inscription des privilèges immobiliers.

526. En exigeant l'inscription, qu'il s'agisse de privilèges sur les immeubles ou d'hypothèques, la loi fait application aux sûretés réelles immobilières du principe général de la publicité des droits réels immobiliers dans l'intérêt des tiers. L'inscription a pour but et pour effet de conserver les privilèges.

C'est l'expression dont se sert la rubrique de la section IV (articles 2106 et suivants) : *Comment se conservent les privilèges*. La loi les confère ; ils sont des bénéfices légaux inhérents à certaines créances. L'inscription les rend susceptibles d'exercice, en fait une réalité pratique ; elle les conserve.

527. Les règles relatives à la forme de l'inscription sont tracées dans une autre partie du titre, à propos des hypothèques (articles 2146 et suivants) ; elles sont applicables aux privilèges. Nous pourrions donc nous borner à un renvoi. Cependant, il est impossible de parler de l'exercice des privilèges immobiliers, et surtout du rang de collocation qui en résulte, sans donner quelques notions sur ce point. Ce que nous allons en dire sera d'ailleurs autant d'acquis pour plus tard. Dès maintenant apparaît la pénétration, sinon l'enchevêtrement des deux sujets.

L'inscription consiste dans une mention faite sur les registres de la conservation des hypothèques.

Aux termes de l'article 2148, le créancier qui veut prendre inscription doit présenter au conservateur des hypothèques « l'original en brevet ou une expédition authentique..... de « l'acte qui donne naissance au privilège... ». A cet original ou à cette expédition doivent être joints deux bordereaux, contenant les indications prescrites par la fin de l'article 2148.

L'article 2150 ajoute : « Le conservateur fait mention sur « son registre du contenu aux bordereaux, et remet au re- « quérant, tant le titre ou l'expédition du titre, que l'un des « bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscrip- « tion. » Le texte n'exige qu'une mention. Mais l'Administration de l'Enregistrement prescrit à ses agents de procéder à la copie textuelle et intégrale des pièces remises par le requérant, afin d'éviter les responsabilités qui pourraient résulter pour elle d'erreurs ou de maladroites commises dans la rédaction de simples mentions ; pratique commode pour

l'Administration, mais qui rend la formalité coûteuse dans les cas fréquents où les pièces produites sont longues. La réquisition est mentionnée sur le registre d'ordre ; la copie est faite sur le registre de formalités¹.

Voilà en quoi consiste l'inscription.

528. Tant qu'elle n'a pas été prise, le créancier ne peut se prévaloir de son privilège contre les tiers. Le privilège existe ; mais il est sans valeur au regard des tiers.

Par tiers il faut entendre les personnes suivantes.

1° Les acquéreurs de l'immeuble affecté par privilège. Le créancier ne peut pas leur opposer son droit de suite si le privilège n'est pas inscrit (article 2166).

2° Les autres créanciers soit privilégiés, soit hypothécaires. Le créancier ne peut leur opposer son droit de préférence, autrement dit produire à l'ordre, si le privilège n'a pas été inscrit (article 2106). Le droit de produire à l'ordre afin d'être colloqué par préférence en vertu d'un privilège est subordonné à l'existence de l'inscription ; on ne tient compte dans les ordres que des créanciers inscrits.

3° Les créanciers chirographaires. L'article 2106, en effet, ne fait aucune distinction. Le créancier, tant qu'il n'a pas inscrit son privilège, ne peut pas opposer son droit de préférence aux créanciers chirographaires et vient au marc le franc avec eux.

L'inscription est la condition préalable de l'efficacité des privilèges sur les immeubles.

529. Pour rendre ainsi le privilège efficace, opposable aux tiers, susceptible d'être exercé, l'inscription doit réunir trois conditions.

Il faut d'abord qu'elle soit régulière en la forme. Nous renvoyons à cet égard aux articles 2148 et suivants, dont les règles sont communes aux privilèges et aux hypothèques.

Il faut, en outre, que l'inscription ne soit pas périmée lors de l'exercice du droit, en d'autres termes lors de la production à l'ordre. « Les inscriptions, dit l'article 2154, conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années à compter du jour de leur date ; leur effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. » Au bout de dix ans, il est vraisemblable que la

1. Sur le mécanisme de ces divers registres, voy. *suprà*, tome I, p. 302 et suiv.

sûreté réelle a produit son effet ; il ne faut pas la laisser subsister sans utilité. Si, en fait, elle est encore utile au créancier, il n'a qu'à la renouveler.

Il faut enfin — ce qui a plus d'importance — que l'inscription ait été prise en temps utile. Elle peut être prise immédiatement après l'acquisition du privilège, en d'autres termes dès que la créance privilégiée existe ; elle peut l'être plus tard, à une époque quelconque, au moins tant qu'il ne s'est produit aucun fait arrêtant le cours des inscriptions. Selon que l'inscription aura été prise à une date ou à une autre, il pourra en résulter des différences importantes quant au rang de collocation ¹ ; mais le privilège peut être utilement inscrit, sauf à avoir une efficacité variable, tant qu'aucun événement n'est survenu qui empêche de prendre utilement inscription, cas auquel le privilège non conservé en temps utile reste définitivement inefficace.

Or ces faits, ces événements qui mettent obstacle à ce que l'inscription d'un privilège ou d'une hypothèque soit utilement prise sont au nombre de trois.

530. Le premier est l'aliénation de l'immeuble par le débiteur.

Puisque le privilège ne devient opposable aux tiers que par l'inscription, il est logique qu'une inscription ne puisse plus être prise utilement quand l'immeuble est sorti du patrimoine du débiteur et appartient à un tiers. L'acquéreur a désormais un droit indépendant ; l'immeuble ne peut plus être affecté à son détriment soit par le précédent propriétaire, soit du chef de celui-ci.

Donc l'inscription, pour produire effet, doit précéder l'aliénation. Plus exactement, elle doit précéder le moment où l'aliénation devient opposable à tous ; et ce moment est variable suivant les cas.

S'il s'agit d'un mode de transmission investissant l'acquéreur *erga omnes* indépendamment de la transcription, l'inscription doit être antérieure à la transmission. Par exemple le débiteur meurt après avoir légué l'immeuble affecté d'un privilège non encore inscrit ; l'inscription ne peut plus désormais être prise, car le testament n'est pas un acte de nature à être transcrit, et le légataire devient propriétaire *erga omnes* par le décès, dès le décès du testateur.

1. *In/rà*, nos 552 et suiv.

S'il s'agit d'un mode de transmission n'investissant l'acquéreur au regard des tiers que par la transcription, l'inscription reste possible, malgré l'aliénation, tant que la transcription n'est pas intervenue, puisqu'elle seule confère à l'acquéreur un droit opposable aux tiers. Par exemple, le débiteur donne entre vifs l'immeuble affecté d'un privilège non encore inscrit, ou bien le vend ou l'échange ; l'inscription reste possible, malgré l'aliénation, jusqu'à la transcription de cette aliénation, car la donation, la vente et l'échange sont des actes de nature à être transcrits. C'est ce que porte l'article 6 alinéa 1 de la loi du 23 mars 1855 : « A partir de la transcription, les créanciers privilégiés... ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. »

Le Code civil de 1804 ne faisait pas ces distinctions. Elles s'imposent depuis la loi de 1855, qui a rétabli la transcription¹.

Pour comprendre toutes ces hypothèses dans une seule formule, nous dirons : l'inscription d'un privilège immobilier ne peut plus être prise à partir du moment où l'aliénation confère à l'acquéreur de l'immeuble grevé un droit opposable aux tiers.

531. Cette règle ne comporte qu'une seule exception. Elle est inscrite dans la loi de 1855 et concerne deux privilèges : celui du vendeur et celui du copartageant. A ces deux créanciers la loi de 1855 fait une situation de faveur ; elle les admet à s'inscrire malgré l'aliénation, même malgré la transcrip-

1. Entre le système du Code de 1804 et celui de la loi de 1855, il faut signaler le régime des articles 834 et 835 du Code de procédure, qui a été en vigueur pendant un demi-siècle. Sous ce régime, la transcription n'était pas requise pour rendre le transport de propriété opposable aux tiers, mais pour faire courir un délai de quinzaine pendant lequel les créanciers pouvaient encore s'inscrire sur l'immeuble du chef de l'aliénateur. Ces deux articles, aujourd'hui abrogés (article 6 alinéa 3 de la loi du 23 mars 1855), n'ont plus d'application qu'en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Le jugement d'expropriation, n'étant pas un jugement d'adjudication, n'est pas soumis à l'application de l'article 1-4^o de la loi de 1855. Il ne rentre pas non plus dans la catégorie des actes translatifs de propriété visés par l'article 1-1^o du même texte. Donc les privilèges grevant l'immeuble peuvent être utilement inscrits pendant les quinze jours qui suivent la transcription du jugement d'expropriation. Les articles 16 et 17 de la loi du 3 mai 1841, qui appliquent à la matière le droit commun des articles 834 et 835 du Code de procédure civile, n'ont pas été abrogés par la loi du 23 mars 1855. — Voy. Cabantous, *Revue critique*, 1855, p. 92, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 245, texte et note 43, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1558.

tion, si on est encore dans les quarante-cinq jours soit de la vente, soit du partage. De sorte que le sous-acquéreur, pour régler sa propre situation, pour payer son prix, doit attendre le délai pendant lequel peuvent encore se révéler des charges de l'immeuble qui lui seront opposables.

En édictant cette règle, le législateur de 1855 a voulu protéger le vendeur non payé contre les conséquences d'une revente immédiate de l'immeuble par l'acheteur, revente dont la transcription, d'après le droit commun, rendrait l'inscription impossible. De là le délai de quarante-cinq jours, pendant lequel le vendeur non payé peut s'inscrire même après une aliénation suivie de transcription.

La même situation est faite, pour des raisons analogues, au copartageant, afin de le protéger contre les suites d'une revente immédiate par l'héritier.

Ce risque d'une revente à bref délai menace évidemment tous les créanciers soit privilégiés, soit hypothécaires, si le débiteur aliène en hâte, avant que le créancier ait eu le temps de s'inscrire. Le sursis serait donc, s'il est fondé dans un cas, nécessaire dans tous. Pourquoi alors le délai de quarante-cinq jours est-il accordé seulement au vendeur et au copartageant ? Nous retrouverons plus loin cette anomalie, qui fait tache dans le système et qui a une genèse historique.

532. En résumé, sous la réserve de quelques distinctions quant au moment précis où l'effet se produit, l'aliénation de l'immeuble met obstacle à ce que l'inscription puisse désormais être prise utilement.

533. Le second événement qui arrête le cours des inscriptions est la faillite du débiteur. Les inscriptions « ne produisent aucun effet, dit l'article 2146 alinéa 1, si elles sont « prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant « l'ouverture des faillites sont déclarés nuls ».

L'article 448 du Code de commerce précise à cet égard la règle posée par l'article 2146. Aux termes de l'alinéa 1, aucune inscription ne peut être utilement prise après le jugement déclaratif de faillite. Aux termes de l'alinéa 2, les inscriptions prises avant le jugement déclaratif peuvent être déclarées nulles quand elles ont été prises après l'époque de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, « s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date

« de l'acte constitutif du privilège et celle de l'inscription ».

En conséquence, bien que l'immeuble n'ait pas été aliéné par le débiteur et soit encore entre ses mains, le créancier ne peut plus utilement s'inscrire quand arrive la faillite. Les droits de préférence antérieurement acquis et régulièrement conservés sont et restent efficaces dans la liquidation ; mais il ne peut plus en surgir de nouveaux. Dans le naufrage commun, il n'est plus temps de faire naître des causes de préférence ; la condition de tous doit être désormais la même ; on liquide d'après l'état de choses existant au moment de la faillite ¹.

La liquidation judiciaire du débiteur produit, à cet égard, les mêmes effets que la faillite. Aux termes de l'article 5 alinéa 2 de la loi du 4 mars 1889, aucune inscription ne peut être prise après le jugement qui déclare la liquidation ouverte. Quant aux inscriptions prises avant ce jugement, la loi de 1889 n'édicte, en ce qui les concerne, aucune règle analogue à celle que pose l'article 448 alinéa 2 du Code de commerce pour le cas de faillite ; mais il est admis communément que l'article 448 alinéa 2 est applicable au cas de liquidation judiciaire ².

534. Un troisième événement met obstacle à ce qu'un créan-

1. L'article 448 parle uniquement des droits de privilège ou d'hypothèque nés avant le jugement déclaratif ; il reste étranger à ceux qui prendraient naissance postérieurement. Si le failli acquiert de nouveaux biens, la masse devra respecter les privilèges et hypothèques qui les grèvent. Ainsi, une succession venant à s'ouvrir au profit du failli, les créanciers héréditaires peuvent demander la séparation des patrimoines et requérir dans les six mois l'inscription de l'article 2111, sans que la masse ait le droit de s'y opposer. De même, au cas de partage opéré depuis le jugement déclaratif, le copartageant créancier peut inscrire son privilège dans les soixante jours impartis par l'article 2109.

Lorsqu'une inscription est annulée par application de l'article 448 du Code de commerce, le syndic ne peut pas, dans l'intérêt de la masse, se faire colloquer dans l'ordre ouvert sur la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué. La sanction de l'article 448 consiste dans la suppression de l'inscription à l'égard de la masse, non dans son maintien avec effet à son profit. Trib. de com. de la Seine 29 décembre 1885, *Le Droit* du 28 janvier 1888. — Cass. 20 décembre 1889, *Le Droit* du 29 décembre 1889. — Trib. de la Seine 8 février 1890, *Le Droit* du 3 mars 1890. ; — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, n^o 383, p. 322. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 548. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1568, — et la dissertation publiée dans le journal *Le Droit* du 1^{er} janvier 1890.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VIII, p. 308, n^o 4065.

cier privilégié prenne inscription : la mort du débiteur, si sa succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. Les inscriptions ne produisent aucun effet « entre les créanciers « d'une succession, dit l'article 2146 alinéa 2, si l'inscription « n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture et dans le « cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'in- « ventaire ». A plus forte raison la règle serait-elle la même si la succession avait été répudiée ¹.

Les causes de préférence antérieurement acquises continuent de produire effet ; mais, en cas d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation, il n'en peut plus naître de nouvelles. Ici encore il y a naufrage commun, car l'acceptation bénéficiaire, à plus forte raison la renonciation, font légitimement présumer que la succession n'est pas solvable ; donc il n'est plus temps de faire surgir des causes de préférence, ou de consolider celles qui ont été acquises auparavant ². La

1. En vertu du principe de l'interprétation restrictive des textes concernant les privilèges, certains auteurs refusent d'appliquer l'article 2146 alinéa 2 au cas de renonciation. *Sic*, Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 119 bis II, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1580, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 554, texte et note 40.

2. La présomption d'insolvabilité sur laquelle repose l'article 2146-2° n'existe évidemment pas lorsque l'acceptation bénéficiaire est imposée par la loi au successible. Un héritier mineur, par exemple, ne peut accepter que sous bénéfice d'inventaire (article 461 C. civ.).

Aussi certains auteurs proposent-ils une autre explication. Ils la recherchent dans la nature et les effets de l'acceptation bénéficiaire. Quand la succession d'un débiteur est acceptée sous bénéfice d'inventaire, ses créanciers, qui avaient jusque là un débiteur personnel engagé sur tous ses biens présents et à venir, perdent le bénéfice de cette situation. On peut dire que la personnalité du débiteur n'est pas continuée, puisque la consistance de son patrimoine est fixée d'une manière immuable. Les droits des parties sont réglés comme si la liquidation s'opérait au moment même du décès. A partir de cette époque il devient impossible de se réserver des causes de préférence. La situation est la même qu'en cas de faillite. *Voy.* Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 550, note 30, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1574.

Les auteurs qui expliquent ainsi la règle de l'article 2146 alinéa 2 assimilent au cas où la succession du débiteur est soit acceptée sous bénéfice d'inventaire, soit répudiée, l'hypothèse où elle est déclarée vacante. *Sic*, Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 154, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 119 bis II, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 553, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1581, — Guillaouard, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1150 ; — *cpr.* Orléans 26 août 1869, D. P. 1869.II.185, Sir. 1870.II.113. — Secus, Mourlon, *Transcription*, II, n° 660.

situation reste ce qu'elle est ; aucune modification n'y peut être apportée ¹.

535. Tels sont les trois faits qui mettent obstacle à l'inscription d'un privilège, fût-il antérieurement acquis. Or l'inscription est la condition préalable de l'exercice du privilège.

536. En résumé, l'efficacité des privilèges sur les immeubles, en ce qui concerne leur exercice, par conséquent en ce qui concerne la production à l'ordre, est subordonnée à l'existence d'une inscription régulière, non périmée et prise en temps utile. C'est ce qui résulte de l'article 2106.

Ainsi formulée, la règle est générale.

Cependant, elle comporte trois exceptions, qui sont annoncées par la fin de l'article 2106 et indiquées par les articles 2107, 2108 et 2110.

PREMIÈRE EXCEPTION

537. Elle concerne les privilèges généraux sur les immeubles, les privilèges de l'article 2101 en tant qu'ils portent sur les immeubles par application de l'article 2104. L'article 2107 dit : « Sont exceptées de la formalité de l'inscription les « créances énoncées en l'article 2101. »

De sorte que l'efficacité des privilèges généraux sur immeubles quant au droit de préférence — et nous ne parlons pour le moment que de cet aspect des privilèges — n'est pas subordonnée à l'inscription. Le créancier n'a aucune formalité à remplir pour conserver son privilège ; il lui suffit pour l'exercer de produire à l'ordre en temps utile ; et il peut pro-

1. Le sort des créanciers dépend de la détermination à laquelle l'héritier s'arrête. S'il accepte purement et simplement, les inscriptions prises après la mort du débiteur sont valables ; elles sont nulles s'il accepte sous bénéfice d'inventaire.

Lorsque l'héritier est déchu du bénéfice d'inventaire, la doctrine admet en général que les inscriptions prises depuis la mort du débiteur deviennent valables, puisque le successible est censé avoir toujours été héritier pur et simple (article 777). En ce sens, Demolombe, *Successions*, III, n° 397, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 920, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 552, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 1576, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1566. — Au contraire, d'après la jurisprudence les inscriptions deviennent inefficaces : Grenoble 26 décembre 1891, D. P. 1892.II.279, Sir. 1893.II.33 (note de M. Wahl). C'est une conséquence logique du principe admis par la jurisprudence, et d'après lequel les créanciers héréditaires conservent un droit acquis au bénéfice de la séparation des patrimoines après la déchéance du bénéfice d'inventaire (*suprà*, n° 516, *in fine*).

duire en vertu de sa seule qualité de créancier privilégié, sans avoir pris inscription ¹.

Pourquoi en est-il ainsi ?

On a considéré que les créances de l'article 2101 prennent leur source dans les habitudes communes et constantes, que dès lors l'existence de ces créances peut et doit toujours être supposée. On les trouve dans presque toutes les liquidations. A quoi bon l'inscription, qui ne révélerait que ce que tout le monde sait ou doit supposer ?

On a considéré, en outre, que les créances de l'article 2101 sont ordinairement peu élevées, que les privilèges garantissant ces créances n'atteignent les immeubles que subsidiairement et en cas d'insuffisance des meubles, c'est-à-dire rarement en fait. Dès lors, il y aurait un double inconvénient à les soumettre à la formalité de l'inscription : inconvénient pour les créanciers, qui, se croyant suffisamment garantis sur les meubles, ne s'inscriraient pas sur les immeubles et seraient exposés à perdre la sûreté subsidiaire que la loi a entendu leur accorder, — inconvénient pour le propriétaire débiteur, dont l'inscription discréditerait les immeubles sans utilité véritable, étant donné le peu d'importance de ces créances.

Pour ces deux motifs, et par exception à l'article 2106, l'article 2107 les dispense de l'inscription.

538. Toutefois, cette dispense d'inscription pour les privilèges généraux de l'article 2101, en tant qu'ils s'exercent sur les immeubles, existe seulement au point de vue du droit de préférence. L'article 2107 n'apporte exception qu'à l'article 2106, lequel a trait exclusivement au droit de préférence ². Au point de vue du droit de suite, les créanciers restent soumis au droit commun. Or, en règle générale, l'acquéreur d'un immeuble ne peut être poursuivi par un créancier privilégié ou hypothécaire du chef de l'aliénateur que si les privilèges ou hypothèques ont été régulièrement inscrits avant l'aliénation.

Il y a d'ailleurs une raison pour que l'inscription des privilèges de l'article 2101 reste indispensable quant au droit de

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 288, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 506, texte et note 4, — Flandin, *Transcription*, II, n° 1030, — Verdier, *Transcription*, n° 529, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 808.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 507, texte et note 5.

suite. Le droit de suite ne se comprend et n'existe que sur les biens envisagés comme corps certains, non sur les biens *in genere* ; aussi les privilèges généraux, soit mobiliers, soit immobiliers, ne sont, comme tels, que de purs droits de préférence¹. Les privilèges généraux sur immeubles ne procurent le droit de suite qu'à la condition d'avoir été spécialisés par l'inscription prise sur l'immeuble aliéné.

DEUXIÈME EXCEPTION.

539. Elle concerne le privilège du vendeur.

De même que les autres créanciers privilégiés sur les immeubles, le vendeur ne peut ni produire à l'ordre, ni saisir sur un tiers acquéreur, en un mot exercer son privilège que s'il l'a conservé. Seulement le mode de conservation est ici spécial. L'article 2108 consacre à cet égard un système particulier ; il fait exception à l'article 2106, tout en laissant le privilège du vendeur soumis au principe de la publicité.

Dans la pensée des rédacteurs du Code civil, le privilège du vendeur devait être conservé non par une inscription, mais par la transcription de l'acte de vente faite par l'acheteur. Cette transcription, dit l'article 2108, vaut inscription du privilège, sous la seule condition que le titre transcrit constate que le prix est dû en tout ou en partie. En effet, elle prévient suffisamment les tiers, créanciers hypothécaires de l'acheteur ou sous-acquéreurs, qui ne traiteront qu'après avoir examiné le titre de leur auteur ; elle les avertit que le vendeur n'est pas payé, que dès lors il a son privilège ; et ce privilège, suffisamment rendu public, est conservé de la sorte.

Seulement, dans l'intérêt de ceux qui ont besoin de connaître les charges hypothécaires grevant l'immeuble, et afin que les certificats d'inscriptions qu'ils se font délivrer à cet effet soient complets, l'article 2108 prescrit au conservateur des hypothèques d'inscrire d'office le privilège du ven-

1. C'est pour ce motif, sans doute, que M. Thézard refuse le droit de suite aux privilèges généraux sur immeubles (*Privilèges et hypothèques*, n° 381, p. 500). — Toutefois, l'article 2104 déclare qu'ils s'étendent subsidiairement aux immeubles ; ils doivent donc, à cet égard, être traités comme des privilèges immobiliers et en produire les effets. Quand il s'agit du droit de suite, il faut appliquer l'article 2166, auquel aucun texte ne déroge. *Sic* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1122, — Aubry et Rau, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2085.

deur à la suite de la transcription requise par l'acheteur, Cette inscription d'office n'est pas nécessaire pour la conservation du privilège ; elle n'est pas exigée du créancier, mais du conservateur des hypothèques ; elle est exigée dans l'intérêt de ceux qui se font délivrer des certificats d'inscriptions ¹ et sous la responsabilité du conservateur envers eux ².

540. Ce système, qui regarde la transcription comme suppléant à l'inscription, a été emprunté à l'article 29 de la loi de brumaire an VII. Sous l'empire de la loi de brumaire, les ventes d'immeubles étaient soumises à la transcription. De fait, elles étaient toujours transcrites. L'acheteur, ayant intérêt à rendre le plus tôt possible son droit opposable aux tiers, requérait la transcription sinon tout de suite après la vente, au moins très promptement. Alors, pourvu que l'acte de vente constatât que le prix était dû en tout ou en partie, la transcription rendait public le privilège du vendeur aussitôt après le fait qui lui donnait naissance, ou très peu de temps après. Elle le conservait au rang que lui fixait la loi, c'est-à-dire à la date même de la vente.

C'est le système qui est appliqué par les articles 2109 et 2111 aux privilèges des copartageants et des créanciers séparatistes. Mais il y a deux différences. En premier lieu, l'inscription à l'effet de conserver le privilège est remplacée ici par la transcription de l'acte de vente. En second lieu, l'article 2108, à l'inverse des articles 2109 et 2111, ne fixe pas un délai pendant lequel le privilège doit être conservé sous peine de dégénérer en hypothèque ; cela s'explique, car l'acheteur a trop d'intérêt à transcrire le plus vite possible pour ne pas agir promptement.

541. Comme la transcription remplace ici l'inscription au point de vue de la conservation du privilège, elle peut être utilement opérée, comme celle-ci, tant que ne s'est produit aucun des faits qui arrêtent le cours des inscriptions : l'aliénation de l'immeuble, la faillite ou la liquidation judiciaire de l'acheteur, la mort de l'acheteur suivie d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation par les héritiers ³.

1. Au point de vue pratique, l'inscription d'office est très utile. Les transcriptions sont faites sur un registre spécial qui n'est pas celui des inscriptions. Le législateur veut que les intéressés puissent connaître l'existence du privilège du vendeur sans avoir à requérir un état des transcriptions.

2. Trib. de Toulon 2 avril 1895, D. P. 1897.II.57 (note de M. de Loynes).

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 587, texte et note 6, — Thézard, *Privi-*

Faite en temps utile, la transcription requise par l'acheteur conserve au vendeur son privilège. Le jour où elle ne peut plus s'opérer utilement, le privilège est perdu faute d'avoir été conservé d'une façon régulière.

Par conséquent, au cas de revente par l'acheteur avant que la première vente ait été transcrite, la transcription de l'acte de revente ne suffirait pas à conserver le privilège du vendeur originaire non payé, quand même cet acte constaterait que tout ou partie du prix de la première vente restait dû. En effet, si la transcription conserve le privilège, elle ne le fait que dans la mesure où l'inscription aurait pu le faire ; l'aliénation par l'acheteur entraîne à l'égard du vendeur originaire perte du privilège non conservé en temps utile¹.

542. Tel est le système de l'article 2108.

Sous l'empire du Code de 1804, il présentait un inconvénient, signalé par tous les commentateurs des articles 1138 et 1140, à propos des conventions translatives de propriété immobilière². Voici lequel. Les rédacteurs du Code ont fini par ne pas maintenir le régime de la loi de brumaire sur la transcription ; d'où il est résulté que le fondement même de l'article 2108 a disparu. Aussi cet article fut un de ceux dont se prévalurent certains interprètes pour soutenir que le législateur de 1804 avait maintenu, sinon expressément, du moins tacitement, le système de la transcription³. C'était même l'argument le plus probant, car l'article 2108 ne peut pas s'expliquer autrement. Cependant, cette opinion n'a pas prévalu⁴.

Plus tard, la loi du 23 mars 1855 a rétabli la transcription. Le fondement du système de l'article 2108 s'est trouvé re-

lèges et hypothèques, n° 304, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 819, III, n° 2093. — Cpr. Cass. 14 février 1865, D. P. 1865, I. 254, Sir. 1865. I. 190, — 6 mai 1868, D. P. 1868. I. 316, Sir. 1868. I. 255, — Montpellier 5 mai 1869, D. P. 1871. II. 147, Sir. 1869. II. 264, — Poitiers 10 juillet 1889, Sir. 1891. II. 110, — Trib. de Toulon 2 avril 1895 et Douai 4 avril 1895, D. P. 1897. II. 57 (note de M. de Loynes).

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 584.

2. Voy. le volume du *Cours de droit civil* qui contiendra le commentaire du titre *Des obligations*.

3. En ce sens : Comte, dissertation dans Sir. 1812. II. 217, — Jourdan, *Thémis*, V, p. 481, — Hureau, *Etudes théoriques et pratiques sur le Code civil*, n° 127, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 258.

4. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, IV, n° 894, — Vente, n° 43, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 124, texte et note 8, — Demolombe, *Contrats*, I, n° 443 et suiv.

constitué ; cet article s'explique dès lors et peut s'appliquer aujourd'hui.

Mais, dans l'intervalle qui s'est écoulé de 1804 à 1855, la question était discutée de savoir comment se conservait le privilège du vendeur dans le cas, qui était alors le cas normal, où l'acheteur ne transcrivait pas son titre. Ce privilège pouvait-il être inscrit directement par le vendeur ?

543. La même question peut encore se présenter de nos jours. En effet, la loi de 1855 n'a pas rendu la transcription obligatoire pour l'acheteur. La validité du contrat de vente n'est pas subordonnée à la transcription ; la seule sanction du défaut de transcription consiste en ce que l'acheteur, propriétaire au regard du vendeur, ne l'est pas au regard des tiers. Si les ventes d'immeubles sont soumises à la transcription, c'est en ce sens que l'acheteur acquiert seulement par elle un droit opposable aux tiers. Il a donc intérêt à transcrire et à le faire au plus vite ; mais la formalité n'est pas obligatoire.

Dès lors, à supposer que l'acheteur, volontairement ou par négligence, ne fasse pas transcrire son titre, qu'advient-il de la conservation du privilège du vendeur ? La combinaison particulière de publicité introduite par l'article 2108 ne se réalise pas. Comment le vendeur conserve-t-il son privilège ?

Le vendeur peut, sans aucun doute, à défaut de l'acheteur, faire lui-même transcrire l'acte de vente. Il a intérêt à le faire, puisque la transcription vaut inscription de son privilège ; et cela suffirait à justifier son intervention. De plus, deux textes formels l'autorisent à intervenir. Le conservateur des hypothèques, dit l'article 2108 *in fine*, « sera tenu... de « faire d'office l'inscription sur son registre tant en faveur du « vendeur qu'en faveur des prêteurs, qui pourront aussi faire « faire, si elle ne l'a pas été, la transcription du contrat de « vente, à l'effet d'acquérir l'inscription de ce qui est dû sur « le prix ». Et l'article 2155 *in fine* est ainsi conçu : « Les « frais de la transcription, qui peut être requise par le ven- « deur, sont à la charge de l'acquéreur. » La transcription peut donc être faite, à défaut de l'acheteur, par le vendeur. Peu importe qu'elle ait été requise par l'un ou par l'autre ; dans les deux cas elle vaut inscription pour le vendeur ¹.

Mais le vendeur peut-il procéder par inscription, sans recourir à la transcription ?

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 584.

En réalité la question ne présente pas d'intérêt pratique appréciable¹. Elle a pris cependant, quoique n'ayant trait qu'à une difficulté de forme, une grande importance doctrinale, parce qu'elle se rattache aux principes essentiels de la théorie de la transcription.

Sur la question ainsi posée, les avis ont été longtemps partagés.

Deux manières de voir se sont produites.

D'après une première opinion, c'est intentionnellement et avec raison que les rédacteurs de l'article 2108 n'ont pas prévu d'autre mode de publicité du privilège du vendeur que la transcription de l'acte de vente. Jusqu'à la transcription le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers ; donc les droits conférés par l'acheteur ne lui sont pas opposables. Dès lors, pourquoi et à l'encontre de qui inscrirait-il son privilège ? Il

1. La question présentait un intérêt pécuniaire avant la loi du 28 avril 1816. Le droit fiscal de transcription étant plus élevé que le droit d'inscription, le vendeur avait intérêt à inscrire son privilège au lieu de transcrire son titre. Sans doute, l'article 2135 donne au vendeur le droit de recouvrer les frais sur l'acheteur ; mais le recours n'est pas toujours efficace, et il vaut mieux pour le vendeur faire l'avance de la taxe la moins élevée.

Mais la loi de 1816 a fait disparaître cet intérêt. On sait que le vendeur ne peut pas faire inscrire son privilège sans avoir fait, au préalable, enregistrer son acte de vente. Or l'article 54 de la loi de 1816 prescrit aux receveurs de l'Enregistrement de percevoir le droit de transcription pour tous les actes présentés à l'Enregistrement et qui sont de nature à être transcrits ; la transcription, si elle vient ensuite à être faite, ne donne plus lieu à la perception de ce droit. Dans ces conditions, le vendeur ne peut plus songer à éviter la taxe de transcription.

Il faut aller plus loin. Non seulement le vendeur n'a plus d'intérêt pécuniaire à inscrire son privilège au lieu de transcrire l'acte de vente, mais l'inscription se trouve être plus onéreuse pour lui au point de vue pécuniaire. Une fois l'acte de vente enregistré, la transcription peut être faite sans que le vendeur ait à payer aucun droit proportionnel, puisque le droit est déjà payé. Si au contraire le vendeur veut procéder par inscription, il devra payer le droit d'inscription après avoir déjà payé celui de transcription entre les mains du receveur de l'Enregistrement.

On comprend mal, dès lors, que la question dont il s'agit continue d'être discutée.

Tous les auteurs l'examinent, à cause de l'importance doctrinale qu'elle présente relativement aux principes de la transcription. Aucun ne se demande quel intérêt pratique elle présente, ni ne signale l'intérêt qu'elle présentait avant 1816.

Quant aux tribunaux, il ne semble pas qu'ils aient été appelés à se prononcer sur la question depuis 1816 ; le dernier arrêt rendu paraît être celui du 26 janvier 1813 (Daloz, *Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 673-5^o, Sir. 1813.I.413). C'est sans doute qu'aucun vendeur, depuis 1816, n'a jamais eu le dessein de procéder par voie d'inscription ; et nous en avons donné la raison.

n'en a besoin que si la transcription est faite ; mais alors la transcription suffit à conserver le privilège. En d'autres termes, le privilège du vendeur est forcément rendu public au moment où il devient utile, par l'acte même qui le rend utile, et le seul mode de conservation de ce privilège est la transcription de l'acte de vente ¹.

Cette manière de voir n'a pas prévalu. Elle ne devait pas prévaloir, car elle repose sur une idée inexacte. Sans doute le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers jusqu'à la transcription ; l'acheteur n'a pas jusque-là un droit opposable aux tiers, en ce sens que les droits qui seraient conférés par le vendeur ou procéderaient de son chef seraient opposables à l'acheteur. Mais la transcription n'a d'effet que dans les rapports de l'acheteur avec les tiers, ayants-cause du vendeur. Quant au vendeur, dans ses rapports avec l'acheteur il a cessé d'être propriétaire par l'effet même de la vente ; il est dessaisi de la propriété sauf qu'il retient ou acquiert un privilège comme garantie du prix qui lui est dû. Par conséquent, les droits conférés par l'acheteur sont parfaitement opposables au vendeur, et celui-ci a besoin de conserver son privilège à l'égard des ayants-cause de l'acheteur, créanciers ou sous-acquéreurs ².

La pratique a admis ces idées, et la loi de 1855 les a confirmées. Si l'acte de vente est transcrit par l'acheteur, le privilège du vendeur est conservé *ipso facto* ; c'est le cas de l'article 2108. Si l'acte de vente n'est pas transcrit par l'acheteur, il peut l'être par le vendeur ; c'est encore le cas de l'article 2108. Enfin, s'il n'est pas transcrit du tout, l'article 2106 redevient applicable ; et, puisque les privilèges immobiliers ne produisent effet qu'à la condition d'avoir été inscrits, rien

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 263. — Voy. sur l'exposition et la réfutation de ce système Duverger, *De l'effet de la transcription relativement aux droits du vendeur*, Paris, 1865. — Cpr. Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles*, dans la *Revue étrangère et française de législation*, années 1840 et 1841, — et dans les *Mélanges de droit* de Valette, publiés par MM. Hérold et Lyon-Caen, I, p. 37 et suiv., — *De l'effet de la transcription relativement au privilège du vendeur*, dans la *Revue pratique de droit*, année 1863, p. 433 et suiv., et dans les *Mélanges*, I, p. 123 et suiv.

2. Flandin, *Transcription*, II, n° 1109, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 584 et 585, texte et note 4, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 69 bis VII, — Laurent, *Principes*, XXX, nos 76 et 77, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 304, — Baudry-Lacantinerie et de Loyens, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 813.

ne s'oppose à ce que le vendeur inscrive directement son privilège.

Cette inscription peut être prise, conformément au droit commun, et comme pourrait être faite la transcription, tant que ne s'est produit aucun des événements qui arrêtent le cours des inscriptions du chef du débiteur, autrement dit de l'acheteur. Le vendeur perd donc le droit de s'inscrire, d'où résulte qu'il perd son privilège, dans trois cas.

1° Il le perd si l'immeuble vendu et non payé cesse d'appartenir à l'acheteur. Seulement il ne faut pas oublier que la loi de 1855 fait une situation de faveur au vendeur en cas de revente par l'acheteur, et c'est par là que cette loi confirme tout ce système. Elle admet le vendeur à s'inscrire utilement, malgré la transcription de la revente, s'il ne s'est pas écoulé plus de quarante-cinq jours depuis la première vente (article 6 alinéa 2).

2° Le vendeur perd le droit de s'inscrire si l'acheteur tombe en faillite ou en liquidation judiciaire (article 2146 alinéa 1 *in fine*)¹. Le vendeur qui n'a pas inscrit son privilège le perd et retombe dans la condition des créanciers chirographaires².

Faut-il étendre au cas de faillite ou de liquidation judiciaire l'exception apportée par l'article 6 de la loi de 1855 au cas d'aliénation par l'acheteur, et reconnaître au vendeur le droit de s'inscrire utilement malgré la faillite ou la liquidation judiciaire, si le délai de quarante-cinq jours à compter de la vente n'est pas expiré? Certains interprètes ensei-

1. Certains auteurs ont tenté d'écarter ici l'application des articles 2146 du Code civil et 448 du Code de commerce, alléguant que ces textes se réfèrent uniquement aux inscriptions hypothécaires et non aux transcriptions. Sic, Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 903, — et *Revue critique de droit*, année 1860, p. 289, — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Faillite*, n° 458. — Cette opinion ne doit pas être adoptée. Du moment que la transcription vaut inscription, les règles relatives à l'inscription sont applicables à la matière.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, p. 242, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1598, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1177 à 1180, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 120 X bis et XI, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 307. — Cpr. Grenoble 13 mars 1858, D. P. 1858. II. 176, — Nancy 6 août 1859, Sir. 1859. II. 594, — Lyon 23 février 1861 et Cass. 2 décembre 1864, D. P. 1864. I. 105, Sir. 1864. I. 57, — Alger 19 mai 1865, Sir. 1865. II. 187, — Agen 5 décembre 1888 et Cass. 24 mars 1891, D. P. 1891. I. 145, Sir. 1891. I. 209 (note de M. Lyon-Caen), — Riom 16 décembre 1891, *La Loi* du 28 janvier 1892.

gnent l'affirmative¹ ; mais l'opinion contraire est préférable. Les exceptions — et la disposition de l'article 6 en est une — sont de droit étroit. D'ailleurs, les motifs qui ont fait admettre cette exception ne se retrouvent plus ici ; on garantit le vendeur contre un fait volontaire de l'acheteur, l'aliénation qu'il consent, non contre un droit appartenant à des tiers, les créanciers de la faillite.

3° Enfin le vendeur perd le droit d'inscrire son privilège si l'acheteur vient à mourir et que ses héritiers renoncent à sa succession ou l'acceptent sous bénéfice d'inventaire (article 2146 alinéa 2).

544. En résumé, il existe pour le privilège du vendeur — et c'est en cela que le régime qui lui est applicable fait échec au droit commun — deux modes de conservation : 1° un mode régulier, la transcription de l'acte de vente (article 2108), — 2° un mode subsidiaire, l'inscription prise directement par le vendeur (article 2106 C. civ., et article 6 de la loi de 1855).

TROISIÈME EXCEPTION

545. Elle concerne : 1° le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers sur la plus-value créée par les travaux exécutés, — 2° le privilège portant sur la plus-value qui résulte de travaux pour le dessèchement de marais (loi du 16 novembre 1807, article 23).

Non pas que ces deux privilèges soient soustraits à la publicité, ni que la publicité soit assurée, en ce qui les concerne, par une formalité autre que l'inscription, comme c'est le cas pour le privilège du vendeur. Ils sont rendus publics par l'inscription, mais par une inscription d'une nature spéciale et non par l'inscription du droit commun.

De droit commun, l'inscription consiste dans la mention sur les registres de la conservation des hypothèques du contenu de deux bordereaux².

S'agit-il, au contraire, du privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, le créancier privilégié n'a point de bordereaux à produire, ni le conservateur des hypothèques de mention à faire. Le créancier présente deux procès-verbaux (article 2110), dont nous avons parlé précédemment³ ;

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 589, note 8 *in fine*.

2. *Suprà*, n° 527, p. 31.

3. *Suprà*, n° 507, p. 13.

et le conservateur des hypothèques les « inscrit », dit l'article 2110. Cela veut dire qu'il les copie sur son registre ; il les reproduit intégralement. — On peut dire qu'il les transcrit, à condition de prendre garde qu'on emploie ce verbe dans un sens matériel et étymologique, non dans son sens technique et juridique. Transcription, si l'on veut ; mais cette transcription n'a rien de commun avec celle de l'article 2101 du Code civil et de la loi du 23 mars 1855 ; elle est une forme particulière de l'inscription : l'inscription par voie de copie des procès-verbaux présentés, sans production de bordereaux. L'article 2110 emploie le mot « inscription » ; la copie des procès-verbaux est faite sur le registre des inscriptions, non sur celui des transcriptions ; et toutes les règles relatives à l'inscription reçoivent leur application.

Le système est le même en ce qui concerne le privilège sur la plus-value qui résulte de travaux pour le dessèchement de marais. Seulement l'inscription est qualifiée de « transcription » par l'article 23 de la loi du 16 novembre 1807 : « Les indemnités dues aux concessionnaires ou au « Gouvernement, à raison de la plus-value résultant des « dessèchements, auront privilège sur toute ladite plus-value, à la charge seulement de faire transcrire l'acte de « concession, ou le décret qui ordonnera le dessèchement au « compte de l'Etat... » Cette prétendue transcription est une inscription se présentant sous une forme particulière, soumise à toutes les règles qui régissent l'inscription des privilèges, et que le conservateur des hypothèques fait sur le registre des inscriptions, non sur celui des transcriptions.

546. En dehors de ces trois exceptions, tous les privilèges immobiliers sont soumis à l'inscription proprement dite, conformément à l'article 2106.

Il en est ainsi notamment des privilèges établis soit par la loi du 21 avril 1810 au profit du bailleur de fonds destinés à la recherche et à la mise en exploitation d'une mine ¹, soit par la loi du 8 février 1897 en faveur du domanier ². Les travaux préparatoires de ces deux lois et les deux lois elles-mêmes sont muets à cet égard ; mais c'est une raison de

1. *Suprà*, n° 510, p. 14.

2. *Suprà*, n° 513, p. 17.

plus pour faire application du principe général établi par l'article 2106.

B. — De la production à l'ordre.

547. Le créancier doit, pour exercer un privilège immobilier, produire à l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble, et produire en temps utile, sous peine de forclusion.

C'est au Code de procédure civile (articles 749 et suivants) que sont tracées les formalités de la procédure d'ordre. Le Code civil en parle à peine. Le mot « ordre » figure dans la rubrique du titre XIX (articles 2204 et suivants) ; rien de plus.

Il est cependant nécessaire de connaître les principales règles de la procédure d'ordre pour traiter du rang de collocation des privilèges sur immeubles et des hypothèques. En effet, la forclusion pour défaut de production se produit à un moment déterminé de l'accomplissement des formalités de procédure.

Au Code de procédure, le titre *De l'ordre* (1^{re} partie, livre V, titre XIV, articles 749 à 779) suit les deux titres consacrés à la saisie immobilière (articles 673 à 717 et 718 à 748). C'est qu'en effet l'ordre est la suite et le dénouement ordinaire de la saisie ; il est le moyen d'arriver à la distribution des deniers réalisés.

Mais un ordre peut être ouvert sans qu'il y ait eu saisie. Le prix d'un immeuble aliéné de toute autre manière, par exemple vendu soit à l'amiable, soit sur licitation, ou bien adjudgé sur vente volontaire, peut être également distribué par voie d'ordre. Il y a lieu à ordre toutes les fois qu'il y a à distribuer le prix d'un immeuble entre les créanciers privilégiés ou hypothécaires ¹.

548. Passons à la procédure.

De même qu'il y a deux sortes de contributions pour la distribution du prix des meubles, la contribution amiable et la contribution judiciaire, de même il y a deux sortes d'ordres, l'ordre amiable et l'ordre judiciaire. Le premier a sur le second le double avantage d'être plus prompt et moins coûteux ; le second est la seule forme possible de procéder au cas de désaccord entre les intéressés.

1. *Suprà*, tome I, nos 42 et suiv., p. 36 et suiv.

L'un et l'autre se déroulent sous l'autorité et la direction d'un juge commissaire, appelé juge aux ordres. Dans les tribunaux où les besoins du service l'exigent, un ou plusieurs juges sont chargés spécialement et d'une façon permanente du règlement des ordres ; ils sont nommés par décret. Dans les tribunaux peu importants, le juge commissaire est désigné, pour chaque affaire qui se présente, par le président du tribunal (article 749 C. proc. civ.).

549. Voici succinctement la série des opérations.

La procédure débute toujours par une réquisition d'ordre faite par les intéressés.

Lorsque l'immeuble a été vendu sur saisie, l'ouverture de l'ordre est requise par les créanciers ; elle est requise le plus souvent par le créancier qui a pratiqué la saisie, à son défaut par le créancier le plus diligent. Elle peut l'être aussi par le saisi ou par l'adjudicataire. Tous ont intérêt à ce que le prix soit distribué, et le soit régulièrement. A cet effet, l'article 750 du Code de procédure, se plaçant dans l'hypothèse d'une saisie, impose à l'adjudicataire de faire transcrire le jugement d'adjudication dans les quarante-cinq jours. Le but de cette formalité est d'arrêter les inscriptions, possibles jusque-là du chef du précédent propriétaire. Puis, dans la huitaine, le créancier poursuivant ou tout autre intéressé dépose au greffe l'état des inscriptions existant sur l'immeuble, état qu'il se procure au bureau du conservateur des hypothèques, et requiert l'ouverture de l'ordre.

Si l'immeuble a été vendu à l'amiable, l'ouverture de l'ordre sera requise par l'un des créanciers, ou par l'acquéreur, ou encore par le vendeur, dans les mêmes formes, aussitôt que la purge aura été accomplie, car c'est elle qui fixe le prix (article 772 C. proc. civ.).

550. Alors commence le rôle du juge commissaire.

Dans les trois jours de la réquisition là où il existe un juge spécial chargé des ordres, dans les huit jours de sa nomination par le président s'il n'y a pas de juge spécial aux ordres, le juge convoque les créanciers inscrits sur l'immeuble, par simple lettre chargée, afin de se régler amiablement si faire se peut (article 751). Le délai pour comparaître est de dix jours au moins.

Si les créanciers comparaissent et s'accordent sur l'ordre de collocation, le juge dresse procès-verbal de la distribution

convenue. Les créanciers sont payés, les inscriptions rayées (article 751); tout est fini et à peu de frais. C'est l'ordre amiable.

Mais il n'est pas toujours possible de procéder ainsi. Il suffit qu'un des créanciers ne se présente pas, ou que, présent, il n'accepte pas la distribution projetée, pour que la nécessité s'impose de recourir à l'ordre judiciaire. On y recourt aussi faute de règlement amiable dans le mois (article 752), car il devient alors probable qu'on n'aboutira pas. L'ordre amiable est désirable; la loi veut qu'on le tente; mais elle ne peut pas davantage. Cependant elle exige au moins un essai, et elle prononce une amende de vingt-cinq francs contre les créanciers non comparants (article 751 *in fine*).

Les formes de l'ordre judiciaire sont réglées par les articles 752 à 768 du Code de procédure. Ici apparaissent quelques délais dont la fixation a la plus grande importance au point de vue du régime hypothécaire, car l'inobservation de ces délais entraîne déchéance.

Le juge commis déclare l'ordre judiciaire ouvert. Il commet un ou plusieurs huissiers à l'effet de sommer les créanciers de produire à l'ordre. Dans l'ordre amiable, les créanciers sont convoqués par lettre chargée; dans l'ordre judiciaire, ils reçoivent une sommation (article 753). Cette sommation doit être faite dans les huit jours qui suivent l'ouverture de l'ordre.

Les créanciers ont alors quarante jours pour produire leurs titres. Le délai commence à courir pour chacun du jour où la sommation lui a été signifiée (article 754). L'expiration du délai emporte de plein droit déchéance contre les créanciers non produisant. Le juge constate la déchéance tout de suite et d'office (article 755).

De quoi les créanciers sont-ils déchus au juste? L'article 755 ne le dit pas, mais cela résulte de la situation même. Ils sont déchus du droit de figurer dans l'ordre ouvert, de prendre part à la distribution présente au préjudice des créanciers produisant. De sorte que la production à l'ordre en temps utile est indispensable à la conservation du privilège ou de l'hypothèque; c'est le mode d'exercice du droit de préférence, et ce droit s'évanouit faute d'être exercé en temps utile.

Bien entendu, le créancier déchu conserve sa créance

contre le débiteur ; il conserve même son droit de préférence à l'encontre des créanciers chirographaires s'il reste un reliquat du prix à distribuer après paiement des créanciers produisants et colloqués. Mais le créancier déchu reste en dehors de l'ordre ouvert, qui se poursuit exclusivement entre les produisants. Et cette exclusion aboutit presque toujours, en fait, à faire perdre au créancier déchu le bénéfice de son privilège, car il est rare que l'ordre n'absorbe pas le prix en distribution.

On est surpris, au premier abord, de la rigueur avec laquelle sont imposés ces délais et des déchéances inflexibles qui résultent de leur expiration. Ce caractère rigoureux a été donné à la procédure d'ordre par la loi du 21 mai 1858, qui a remanié les titres du Code de procédure relatifs à la saisie immobilière et aux ordres. Le Code de 1806 était beaucoup moins rigoureux. Mais, sous l'empire de ce Code, on s'était plaint à maintes reprises des lenteurs apportées par certains créanciers dans leur production et des condescendances des juges commissaires ; les ordres s'éternisaient, au grand préjudice de tous. Afin d'y remédier d'une manière efficace, la loi de 1858 a pris des mesures énergiques. Tout est de rigueur, dans la loi actuelle. Et tant de rigueur ne présente, en somme, aucun danger sérieux ; on n'est jamais négligent en présence d'une loi qui parle net.

Ainsi, la déchéance est encourue de plein droit faute de production dans les délais. Aussitôt que ceux-ci sont écoulés, le juge dresse l'état de collocation sur les pièces produites. C'est le règlement provisoire. Cet état doit être dressé dans les vingt jours qui suivent l'expiration du délai pour produire ; il doit être, dans les dix jours, dénoncé aux créanciers produisants et à la partie saisie, auxquels un délai de trente jours est accordé pour y contredire (article 755 alinéa 2).

Ce délai passé sans contredit formulé, aucun contredit n'est plus recevable ; le règlement provisoire est devenu définitif. Le juge prononce la clôture de l'ordre, liquide les frais, ordonne la délivrance aux créanciers des bordereaux de collocation et la radiation des inscriptions (article 759).

Si le règlement provisoire a été contredit en temps utile, le juge renvoie les contestants à l'audience, car il n'a pas qualité pour statuer sur les contestations soulevées (article 758). L'ordre est arrêté pour les créances antérieures à

celles qui sont contestées. Il est statué par jugement sur les prétentions soulevées, sauf appel. Puis l'affaire définitivement jugée revient devant le juge commis, qui arrête l'ordre conformément à la décision rendue quant aux créances contestées ; c'est l'ordonnance de clôture (articles 760 à 765).

Le greffier délivre alors à chaque créancier colloqué en ordre utile un bordereau de collocation, qui est exécutoire (article 770). Enfin les inscriptions sont rayées.

551. Voilà quel est l'ensemble des formalités de la procédure d'ordre. Les autres dispositions du titre *De l'ordre* ont trait exclusivement aux détails de la procédure.

Il ne reste plus qu'à rechercher comment les créanciers doivent être colloqués dans l'ordre.

§ 3. — Du rang de collocation des privilèges sur les immeubles.

552. Comment se détermine le rang de collocation des créanciers privilégiés sur les immeubles ? Cette question revient à savoir quel est au juste l'effet de l'inscription, ou de la transcription qui la remplace quelquefois, en matière de privilèges sur les immeubles.

L'inscription conserve le privilège ; elle est la formalité préalable nécessaire à son exercice ; ce point est acquis. Mais quel rôle joue-t-elle dans la fixation du rang de collocation ? Question très obscure, au moins dans quelques-unes de ses applications.

553. L'obscurité qui entoure cette question résulte de ce que la loi actuelle, pour la résoudre, tient compte de deux données : l'une traditionnelle, l'autre plus récemment admise. Or ces deux données sont contradictoires.

La donnée traditionnelle est que le rang des privilèges sur immeubles, pour le classement des créanciers à l'ordre, dépend de la qualité plus ou moins favorable des créances. C'est toujours l'ancien adage : *Privilegia aestimantur non ex tempore sed ex causa*¹. Dans l'ancien droit, on appliquait exclusivement cette règle aux hypothèques privilégiées, qui sont devenues les privilèges sur immeubles ; elles primaient les hypothèques, même antérieures. On l'applique encore aujourd'hui d'une manière exclusive aux privilèges sur les

1. Cpr. *suprà*, tome I, p. 257 et suiv.

meubles ; elle domine et explique le classement adopté¹. L'article 2095 semble la consacrer pour tous les privilèges, y compris ceux qui portent sur les immeubles : « Le privilège « est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » En conséquence, un privilège né d'hier pourra primer un privilège acquis à une date très ancienne s'il a une qualité préférable, à plus forte raison une hypothèque antérieurement prise. Un rang prévu n'est jamais pleinement assuré.

La donnée moderne, qui s'explique par l'intérêt économique s'attachant à la stabilité et à l'indépendance des droits réels immobiliers, est qu'un droit acquis et régulièrement conservé doit être indépendant de tout fait ultérieur et n'avoir rien à craindre d'autres droits similaires acquis plus tard sur le même immeuble : *prior tempore potior jure*. Là est le fondement du système de la transcription ; les droits réels immobiliers résultant d'actes transcrits sont désormais opposables aux tiers, par suite indépendants et stables. Là est aussi le fondement du système de l'inscription en matière d'hypothèques ; entre créanciers hypothécaires, le rang de collocation résulte de la date des inscriptions (article 2134). De la sorte, chaque créancier hypothécaire, quand il prend inscription, peut calculer exactement, eu égard aux inscriptions déjà prises, dans quelle mesure l'immeuble est encore libre, et, par suite, quel crédit reste au débiteur.

Voilà les deux données. Elles sont manifestement incompatibles. Si le rang des privilèges résulte de la qualité des créances, il est indépendant de la date des inscriptions ou transcriptions ; si au contraire le rang des privilèges résulte d'une considération de temps et spécialement de la date des inscriptions, comme en matière d'hypothèques, c'est qu'il ne résulte plus de la qualité de la créance. Les deux règles *potior causa potior jure* et *prior tempore potior jure* ne peuvent être appliquées ensemble.

Cependant, bien que les deux données soient contradictoires, le droit actuel, en matière de privilèges sur immeubles, les applique concurremment,

D'une part, l'article 2096 dit : « Entre les créanciers privi-

1. *Suprà*, tome I, p. 420 et suiv.

« légiés, la préférence se règle par les différentes qualités « des privilèges. » Donc c'est la qualité des créances qui détermine le rang de collocation ; si l'inscription est exigée, elle ne l'est que pour conserver le privilège et comme condition de son exercice.

D'autre part, l'article 2106, à propos des privilèges sur immeubles, ajoute : « Entre les créanciers, les privilèges ne « produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils « sont rendus publics par inscription sur les registres du « Conservateur des hypothèques, de la manière déterminée « par la loi, et à compter de la date de cette inscription.... » Donc le rang ne résulte plus de la seule qualité des créances ; l'inscription, ou la transcription qui la remplace quelquefois, n'est plus exigée seulement pour conserver le privilège et comme condition d'exercice ; c'est par elle et par sa date qu'est fixé le rang de collocation.

Le jour où on a appliqué aux privilèges sur immeubles comme aux hypothèques le mécanisme de l'inscription, on a troublé d'une manière profonde les notions antérieurement reçues. Les deux articles 2096 et 2106 sont en discordance.

De là vient la difficulté de la fixation du rang de collocation en matière de privilèges sur immeubles.

554. Elle vient si bien de là qu'elle n'existe pas relativement aux privilèges sur immeubles qui échappent au système de l'inscription, c'est-à-dire relativement aux privilèges de l'article 2101, qui portent sur les immeubles en cas d'insuffisance du mobilier, et que l'article 2107 soustrait, comme tels, à la formalité de l'inscription¹. Pour eux, la question de classement se résout très simplement. Ils peuvent se trouver en concours, sur le prix d'un immeuble, soit entre eux, soit avec des privilèges spéciaux.

Dans le premier cas, lorsque plusieurs créanciers privilégiés sur la généralité des immeubles se présentent à l'ordre et qu'il n'y a pas de quoi les payer tous, on les classe sans tenir compte d'aucune considération de temps, sans s'occuper des dates des créances. Aucun texte ne le dit formellement ; mais cela résulte de l'article 2104. En étendant sur les immeubles les privilèges de l'article 2101, l'article 2104 les

1. *Suprà*, n° 537, p 38.

prend tels que l'article 2101 les établit, autrement dit avec l'ordre dans lequel il les énumère, qui est en même temps l'ordre de classement en cas de concours. Ce point n'est pas contesté. La seule qualité des créances est prise en considération ; l'article 2106 est sans application.

Dans le second cas, c'est-à-dire au cas de concours entre des privilèges généraux et des privilèges spéciaux, l'ordre est formellement réglé par l'article 2105 : « Lorsqu'à défaut de « mobilier les privilégiés énoncés en l'article précédent se « présentent pour être payés sur le prix d'un immeuble en « concurrence avec les créanciers privilégiés sur l'immeuble, « les paiements se font dans l'ordre qui suit : 1° les frais de « justice et autres énoncés en l'article 2101, — 2° les créan- « ciers désignés en l'article 2103. » Par « créanciers privilé- « giés sur l'immeuble » le texte entend les créanciers qui ont sur l'immeuble un privilège spécial. En conséquence, les privilèges généraux de l'article 2101 priment les privilèges spéciaux, à plus forte raison les hypothèques. Ils sont éminemment favorables ; ils garantissent le plus souvent des créances modiques ; on les met au premier rang.

Donc en ce qui concerne les privilèges généraux sur les immeubles, soit qu'ils concourent entre eux, soit qu'ils concourent avec des privilèges spéciaux ou avec des créanciers hypothécaires, il n'y a place pour aucune incertitude. Les articles 2104 et 2105 suffisent.

555. Mais la difficulté reste entière — et elle est grande — pour les privilèges spéciaux sur immeubles en conflit soit entre eux, soit avec des créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble. Si on s'attache à l'article 2096, c'est la qualité des créances qui détermine, en principe, le rang de collocation. Si on s'attache à l'article 2106, c'est la date de l'inscription ou de la transcription qui tient lieu d'inscription.

Il s'est produit à ce propos une évolution de doctrine qui n'est pas encore arrivée à son expression définitive. D'où, en théorie du moins, un état de choses ambigu, dont la formule juridique est difficile à fixer.

Nous avons dit : en théorie. Car si l'on se place au point de vue pratique, la question se résout le plus souvent avec simplicité ; elle ne reste incertaine que dans quelques rares applications.

556. Envisagée dans sa généralité, elle consiste à savoir en

quel sens l'article 2106 dit que les privilèges immobiliers ne produisent effet qu'à compter de la date de l'inscription. Ce ne peut pas être en ce sens que les créanciers sont classés à l'ordre ouvert d'après les dates d'inscription ; car alors les privilèges sur immeubles ne seraient que des hypothèques. Quelle est donc la signification de notre texte ? Là est toute la question.

Rappelons d'abord le principe, qui résulte de la nature des privilèges. Le privilège est un bénéfice légal, inhérent à la créance garantie ; il naît et est acquis au créancier en même temps que la créance elle-même, à la date de la créance, et prend rang à cette date. En d'autres termes, la créance, quand elle prend naissance, naît privilégiée ; elle acquiert sa garantie en se formant et dès qu'elle se forme. L'immeuble grevé ne tombe donc dans le gage des autres créanciers que déjà grevé, déduction faite de la charge qui l'affecte. Le créancier privilégié est sans doute primé par les créanciers hypothécaires antérieurement inscrits ; mais il prime tous les créanciers qui ont ou qui acquièrent des droits du chef du débiteur.

Cette garantie suffit au créancier. Logiquement on ne doit ni ne peut lui donner davantage,

Elle lui suffit. Car il obtient ainsi, en définitive, toute la sécurité que comporte la situation actuelle du débiteur. Il l'emportera sur tout créancier qui n'invoquerait qu'un droit ultérieurement acquis, mais il devra respecter tout droit acquis antérieurement.

Raisonnablement on ne peut lui donner davantage. Lui accorder le pas sur les droits antérieurement acquis, notamment sur les sûretés déjà acquises par d'autres, privilèges ou hypothèques, serait porter atteinte à l'indépendance des droits réels immobiliers et supprimer la stabilité, le crédit de la propriété foncière.

Voilà en quel sens les privilèges sur immeubles résultent de la qualité des créances.

Maintenant ils ne produisent effet, aux termes de l'article 2106, qu'à compter de la date de l'inscription. Cela signifie deux choses : d'abord, que l'exercice en est subordonné à l'existence d'une inscription régulière, ce que nous avons vu précédemment¹, — ensuite, que l'inscription conserve à

1. *Suprà*, p. 31 et suiv.

la fois le privilège et le rang qu'il a par lui-même si elle est prise dans certaines conditions prévues, tandis qu'elle ne le conserve qu'en lui donnant rang à la date de l'inscription, au regard soit des autres privilèges, soit des hypothèques, si elle est prise en dehors de ces conditions¹.

Les articles 2108 à 2112 déterminent les conditions dans lesquelles l'inscription conserve au privilège le rang que lui donne sa nature. Puis, et c'est là que se trouve la clef du système, l'article 2113 ajoute : « Toutes créances privilégiées « soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquel- « les les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le « privilège n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néan- « moins d'être hypothécaires, mais l'hypothèque ne date, à « l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui au- « ront dû être faites..... » Les privilèges se transforment en hypothèques, dégèrent en hypothèques ; cela veut dire que l'inscription, au lieu de conserver au privilège son rang naturel, lui confère rang de collocation à sa date, comme en matière d'hypothèque.

Donc, quand l'article 2106 dit que les privilèges produisent effet à compter de la date de l'inscription, cela signifie que l'inscription tantôt conserve le rang du privilège, tantôt confère au privilège un rang à sa date.

557. Pour l'application de ce système, les privilèges immobiliers doivent être divisés en trois groupes.

1. Voy. en ce sens : Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 305, — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 266 et 266 bis, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 384 et 806.

D'après un autre système, l'article 2106 signifierait que les privilèges ne conservent leur rang de faveur qu'autant qu'ils sont rendus publics avant la naissance de la créance qu'ils garantissent, ou tout au moins au moment même où cette créance prend naissance. Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles*, dans la *Revue étrangère et française de législation*, années 1840 et 1841, et dans les *Mélanges*, I, p. 37 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 252 et suiv., — Demante et Colmet de Santere, *Cours analytique*, IX, n° 66 bis III et suiv. ; — cpr. Cass. 12 décembre 1893, D. P. 1894. I. 225 (note de M. de Loynes), Sir. 1894. I. 217.

Mais ce système n'est pas d'accord avec le texte de l'article 2106, d'après lequel le privilège ne produit effet que s'il est rendu public et à la date de la publicité. Ce système ajoute en réalité à la loi.

Voy. un troisième système, qui se rapproche du premier, et qui est personnel à M. Baudry-Lacantinerie, dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 806 et 807.

Premier groupe.

558. Il se compose des privilèges qui portent sur la plus-value créée par le créancier.

L'application du système est alors très simple. Le privilège régulièrement conservé assure complète priorité au créancier, soit au regard des autres créanciers privilégiés, soit au regard des créanciers hypothécaires. La plus-value créée est distraite, en quelque sorte, du gage commun et affectée par réserve au créancier privilégié. Celui-ci est alors vraiment privilégié, d'une manière absolue, puisqu'il ne peut pas y avoir, sur la plus-value créée, de droits antérieurement acquis.

Il en est ainsi pour deux privilèges.

559. D'abord pour le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers.

Aux termes de l'article 2110, ce privilège se conserve par l'inscription¹ des deux procès-verbaux de l'article 2103, dont le rapprochement dégage la plus-value sur laquelle porte le privilège.

Le premier procès-verbal doit être inscrit avant le commencement des travaux ; il distrait de l'immeuble la plus-value à provenir des travaux projetés ; il l'empêche de tomber dans le gage commun des autres créanciers, chirographaires ou hypothécaires antérieurement inscrits, et la réserve pour le créancier privilégié.

L'article 2110 ne dit pas en propres termes que le premier procès-verbal doive être inscrit avant le commencement des travaux. Mais la loi du 11 brumaire an VII l'exigeait, et le bon sens suffit, à défaut de texte, pour imposer cette condition ; sans elle, la plus-value resterait confondue dans la valeur de l'immeuble et serait absorbée, conformément à l'article 2133, par les hypothèques grevant l'immeuble².

Donc les architectes, entrepreneurs et ouvriers ont bien un droit résultant de la qualité de leurs créances ; ils priment sur la plus-value par eux créée tous les autres créanciers antérieurs ou postérieurs, même hypothécaires. Seulement il

1. Sur le caractère particulier de cette inscription, voy. *suprà*, n° 545, p. 74.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 278, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 600, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 316. — Cpr. Cass. 12 décembre 1893, D. P. 1894.I.225 (note de M. de Loyne), Sir. 1894.I.217.

faut pour cela que le premier procès-verbal soit inscrit avant le commencement des travaux ¹.

Quant au second procès-verbal, il doit également être inscrit. Mais dans quel délai l'inscription doit-elle être prise ? La loi n'en fixe aucun ². La formalité peut donc être remplie tant que ne s'est produit aucun des trois faits qui arrêtent le cours des inscriptions ³. L'inscription prise conserve le privilège acquis par l'inscription du premier procès-verbal.

Ce régime n'offre, d'ailleurs, aucun danger pour les autres créanciers du débiteur. En effet, le privilège ne porte que sur la plus-value, et les tiers sont avertis, par l'inscription du premier procès-verbal, que cette plus-value est réservée par privilège aux créanciers qui l'auront fait naître par leurs travaux.

En résumé, la situation du créancier privilégié varie selon que le premier procès-verbal est inscrit avant ou après le commencement des travaux. Dans le premier cas, le privilège conserve son rang de faveur ; dans le second, il dégénère en une simple hypothèque ne prenant rang qu'à la date de l'inscription. C'est en ce sens qu'il faut entendre l'article 2110 : « Le privilège est conservé à la date de l'inscription du « premier procès-verbal. »

560. Le régime est le même en ce qui concerne le privilège accordé aux entrepreneurs de travaux pour le dessèchement de marais (loi du 16 septembre 1807, article 23).

Comme le précédent, ce privilège porte sur une plus-value, déterminée par deux estimations, l'une antérieure et l'autre

1. Il va sans dire que le premier procès-verbal doit être rendu public avant les événements qui arrêtent, de droit commun, le cours des inscriptions : jugement qui déclare le débiteur en faillite ou le met en liquidation judiciaire, mort du débiteur suivie d'acceptation bénéficiaire de sa succession, transcription de l'aliénation de l'immeuble.

2. On a proposé d'appliquer ici le délai de six mois fixé par l'article 2103-4^o pour la rédaction du second procès-verbal. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 602, note 38, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1039 et 1041. — Mais c'est confondre les conditions requises pour l'acquisition du privilège avec celles qui sont requises pour sa conservation ; la déchéance édictée dans un cas ne saurait être étendue à l'autre. Voy. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 317, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 279, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 71 bis III.

3. D'après un certain nombre d'auteurs, ces faits ne mettent pas obstacle à l'inscription du second procès-verbal, parce que le rang est déterminé par la date de l'inscription du premier : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 120 bis VII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 318, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 847.

postérieure aux travaux. La détermination du rang se fait de la même manière que pour le privilège des architectes.

La situation du créancier est nette au regard des créanciers du propriétaire antérieurs aux travaux ; l'entrepreneur les prime sur la plus-value résultant des travaux. Quant aux créanciers postérieurs aux travaux, l'entrepreneur n'a privilège à leur encontre que si l'acte de concession des travaux, ou le décret qui ordonne le dessèchement au compte de l'Etat a été transcrit¹ avant le commencement des travaux ; sinon le privilège dégénère en une simple hypothèque, prenant rang à la date de la transcription.

Second groupe.

561. Pour les privilèges de ce groupe l'application du système est encore simple, quoique différente.

La loi fixe un délai, variable selon les cas, à partir de la naissance de la créance et du privilège. Si l'inscription est prise dans le délai, elle conserve à la fois le privilège et le rang qu'il a par lui-même, le rang qui résulte de la qualité de la créance. Si l'inscription est prise tardivement, le privilège n'a plus rang qu'à la date de l'inscription ; il ne vaut plus que comme hypothèque, en ce sens que l'inscription, au lieu de conserver au privilège son rang, lui en confère un autre².

Ainsi sont combinées les deux données en ce qui concerne les privilèges du second groupe. Ce n'est plus le système ancien, où le rang résultait de la seule qualité de la créance ; ce n'est pas le système admis pour les hypothèques, où le rang ne résulte que de la date de l'inscription ; c'est un système mixte : le rang des privilèges résulte tantôt, comme jadis, de la qualité de la créance, tantôt, comme en matière d'hypothèques, de la date des inscriptions.

562. Il en est ainsi pour cinq des privilèges spéciaux sur

1. Sur le caractère particulier de cette transcription, voy. *suprà*, n° 543, p. 47.

2. Nous verrons bientôt qu'il en est de même relativement aux hypothèques légales qui valent indépendamment de toute inscription. Elles existent au rang qui résulte de la qualité de la créance garantie (article 2135). Faute d'avoir été inscrites dans certains délais, elles n'ont rang qu'à la date de l'inscription (loi du 23 mars 1855, article 8). L'analogie est profonde entre les privilèges sur immeubles et les hypothèques légales. Cpr. *suprà*, tome I, p. 257 et suiv., spécialement, p. 261 — et *infra*, n° 586.

immeubles. Ils prennent rang à la date où la créance se forme, et conservent leur rang si l'inscription est prise dans le délai réglementaire ; ils le perdent, au contraire, et n'ont plus que le rang résultant de la date de l'inscription, si celle-ci est prise après le délai réglementaire.

Les cinq privilèges soumis à ce régime sont les suivants.

563. 1° Le privilège des copartageants.

Aux termes de l'article 2109, le copartageant conserve son privilège et le rang que ce privilège a par lui-même, en vertu de la qualité de la créance, « par l'inscription faite « à sa diligence dans soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation.....¹ ».

Ainsi, le privilège du copartageant est primé par les privilèges ou hypothèques acquis antérieurement au partage ; c'est la part faite à la donnée moderne. Il prime les privilèges ou hypothèques acquis ultérieurement du chef du débiteur, quand même ils seraient inscrits avant lui ; c'est la part laissée à la donnée ancienne. Quant aux hypothèques qui se trouvent avoir la même date que le privilège du copartageant, par exemple celles qui sont inscrites le jour où il prend rang lui-même, le privilège du copartageant les prime à raison de sa qualité de privilège ; c'est une dernière part faite à l'idée ancienne et une application directe de l'article 2095.

Si l'inscription est prise après le délai de soixante jours fixé par l'article 2109, il y a lieu d'appliquer les articles 2113 et 2134. En d'autres termes, le privilège dégénère en une simple hypothèque, n'ayant rang qu'à la date où elle est inscrite.

Le délai de soixante jours est accordé aux copartageants afin qu'ils aient le temps d'examiner s'ils ont besoin du privilège. Le point de départ du délai varie, d'ailleurs, suivant

1. Cette inscription peut être prise d'office par le conservateur, quand on présente à la transcription un acte improprement qualifié vente et ayant, au fond, le caractère d'un partage : Cass. 26 novembre 1895, D. P. 1896.I.313 (note de M. Planiol), Sir. 1896.I.73. — Ce cas excepté, la transcription du partage, qui est une formalité inutile en soi, ne sert à rien pour la conservation du privilège : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 594, — Cass. 23 juin 1890, D. P. 1891.I.168, Sir. 1893.I.502.

L'article 2109 visant uniquement le délai après lequel le privilège ne peut plus être utilement inscrit, ne s'oppose pas à ce qu'il le soit avant la clôture des opérations si, au cours de ces dernières, un copartageant devient créancier d'un autre : Cass. 15 janvier 1896, D. P. 1896.I.441 (note de M. de Loy-nes, Sir. 1896.I.497 (note de M. Albert Tissier).

les circonstances. S'agit-il d'une créance ayant pour objet le prix d'une licitation, le délai court à compter de l'adjudication prononcée au profit de l'un des copartageants ¹. Il court à compter du partage si la créance a pour objet une soulte ², ou une indemnité due pour cause d'éviction ³.

564. Puisque le rang de collocation est indépendant de l'inscription, on peut se demander si cette inscription est un avertissement suffisant pour les tiers. Elle a pour but de les avertir. Comment remplit-elle son office ?

La seule réponse est que nul n'est censé ignorer la loi. Quand on prête sur hypothèque à une personne qui est propriétaire par suite d'un partage, on doit savoir qu'une inscription ayant un effet rétroactif peut survenir pendant soixante jours après le partage ou la licitation. Il faut donc prendre ses précautions en conséquence. L'inscription prise dans le délai réglementaire conserve au privilège son rang légal ; le rang de collocation est indépendant de l'inscription et résulte du fait d'où le privilège découle, autrement dit du partage.

565. 2° Le privilège de la séparation des patrimoines.

Il donne rang à la date de l'ouverture de la succession s'il est inscrit dans les six mois à compter de cet événement (article 2111) ; l'inscription conserve rétroactivement le privilège avec son rang. Au contraire, si l'inscription n'est pas prise dans les six mois, elle ne conserve pas le rang légal, et confère un rang hypothécaire (article 2113) ⁴.

Au point de vue pratique, cette règle est satisfaisante. Il faut laisser aux créanciers et légataires le temps de juger la situation et de voir s'il leur est utile d'invoquer la séparation

1. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 318 bis, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 594, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1127 à 1129, — Rodier, *Revue pratique*, 1863, p. 332 et 333, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 829 ; — cpr. Agen 6 février 1852, D. P. 1852, II.118, Sir. 1852.II.233.

2. Lyon 23 janvier 1866, D. P. 1866.II.228, Sir. 1866.II.287, — Orléans 18 janvier 1879, D. P. 1879.II.243, Sir. 1879.II.85. — En cas de partage judiciaire le délai court du jour de la clôture des opérations : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 594, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 831, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1132 à 1135, — Cass. 29 juin 1849, D. P. 1849.I.186, Sir.1849.I.626.

3. Cass. 12 juillet 1853, D. P. 1853.I.33.

4. Aubry et Rau, 4^e édition, VI, § 619, p. 484, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 327, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 867, — Douai 5 mars 1897, D. P. 1897.II.220.

des patrimoines. On leur donne six mois pour réfléchir. S'ils prennent inscription dans ce délai, ils conservent le privilège et son rang légal ; sinon, le privilège n'est plus qu'une simple hypothèque ayant rang à la date où elle est inscrite.

Il résulte de là qu'il faut prendre garde quand on traite avec un héritier à propos d'un immeuble provenant de la succession, par exemple quand on veut lui prêter sur hypothèque. Pendant six mois, les créanciers héréditaires ou légataires peuvent prendre une inscription, qui refoulera les inscriptions prises depuis l'ouverture de la succession.

566. L'article 2111, quand il règle ainsi l'effet de l'inscription, ne prévoit que la séparation demandée par les créanciers et légataires.

La jurisprudence en conclut que cet article n'est pas applicable à la séparation résultant du bénéfice d'inventaire, et que celle-ci n'est pas assujettie à l'inscription de l'article 2111. Il est de jurisprudence que le bénéfice d'inventaire entraîne de droit séparation des patrimoines¹ ; l'héritier bénéficiaire n'est en quelque sorte qu'un liquidateur, et ses créanciers personnels n'ont aucun droit tant que les créanciers héréditaires ne sont pas payés. La préférence n'est point un effet de la séparation des patrimoines mais du bénéfice d'inventaire. Or nul texte ne soumet le bénéfice d'inventaire à la publicité.

Comment les créanciers personnels de l'héritier seront-ils prévenus ? Ils vont l'être, dit-on, par la publicité de l'acceptation bénéficiaire, laquelle résulte d'une déclaration au greffe. Mais il faudrait commencer par démontrer que le législateur a entendu leur imposer les recherches que peut nécessiter un tel mode de publicité. Or rien n'est moins certain. Notre régime hypothécaire comporte une publicité spéciale, résultant de mentions consignées sur des registres tenus à cet effet dans l'arrondissement même où les immeubles sont situés. Le système de la jurisprudence assujettit les intéressés à rechercher le lieu d'ouverture de chaque succession, pour vérifier ensuite s'il a été fait au greffe une déclaration d'acceptation bénéficiaire. Une telle exigence, outre qu'elle constitue une véritable anomalie dans notre droit, est pleine de périls pour les tiers.

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, II, n° 2559, III, n° 4041. — Cpr. *suprà*, n° 516, p. 21.

567. 3° Le privilège garantissant les sommes prêtées à l'occasion de travaux de drainage.

Ce privilège a naturellement rang à la date du prêt, puisqu'il résulte de la qualité de la créance. Mais, pour être conservé, il doit être inscrit dans les deux mois du prêt. L'inscription prise dans ce délai conserve au privilège son rang primitif. Intervient-elle après l'expiration des deux mois, le privilège n'a plus rang qu'à la date de l'inscription, parce qu'il a dégénéré en hypothèque (article 2113). C'est ce que décide, par imitation des articles 2109 et 2111, l'article 7 de la loi du 17 juillet 1856 : « Le privilège accordé par
« la présente loi se conserve par une inscription prise.....
« dans les deux mois..... »

568. 4° Le privilège de l'Etat sur les immeubles des comptables.

Il porte sur les immeubles acquis à titre onéreux par le comptable ou par la femme du comptable. Il atteint l'immeuble au moment où il entre dans le patrimoine du débiteur et prend rang à la date de l'acquisition. Mais il faut pour cela qu'il soit inscrit dans les deux mois de l'enregistrement de l'acte d'acquisition (loi du 5 septembre 1807, article 5). Inscrit pendant ce délai, il conserve son rang ; inscrit après les deux mois, il n'a rang qu'à la date de l'inscription. L'article 5 de la loi de 1807 renvoie aux articles 2106 et 2113.

569. 5° Le privilège de l'Etat garantissant le recouvrement des frais en matière criminelle.

Il est acquis à la date du jugement ou de l'arrêt, et prend rang à cette date s'il est inscrit dans les deux mois qui suivent la condamnation (loi du 5 septembre 1807, article 5) ¹.

570. Ainsi se détermine le rang de collocation pour les cinq privilèges du second groupe. Les délais d'inscription à l'effet de conserver les divers privilèges de ce groupe sont variables ; mais le système n'en est pas moins le même dans tous les cas. Le privilège naît et prend rang à la date où naît la créance. Cependant l'inscription a son rôle dans la fixation du rang. Prise dans le délai réglementaire, elle con-

1. En pratique, des retards inévitables empêchent toujours le Trésor de s'inscrire en temps utile, de sorte que le privilège dégénère en simple hypothèque ne prenant rang qu'à la date de son inscription. Voy. Paul Magnin, *op. laud.*, p. 48.

serve rétroactivement le privilège et son rang ; tardive, elle ne vaut plus que comme inscription hypothécaire : au lieu de conserver le rang légal, elle confère rang à sa date.

571. Voici maintenant une question commune à tous les privilèges de ce groupe.

L'inscription, pour conserver le rang du privilège, doit être prise dans un délai fixe : soixante jours, six mois, deux mois, etc... Mais qu'advient-il si, avant l'expiration du délai, alors par conséquent que le créancier privilégié a son droit intact, un événement se produit qui arrête le cours des inscriptions : aliénation de l'immeuble par le débiteur, faillite du débiteur ou liquidation judiciaire, décès du débiteur suivi de renonciation ou d'acceptation bénéficiaire ? Le créancier conserve-t-il le bénéfice du délai qui lui est accordé pour s'inscrire ? En d'autres termes, le délai spécifié est-il assuré au créancier à tout événement, ou bien n'est-il assuré que sous la réserve des éventualités qui suppriment, de droit commun, la faculté de prendre inscription ?

Un créancier qui a une inscription à prendre a toujours intérêt à se hâter. En matière d'hypothèques, cet intérêt est manifeste : d'une part, le rang résulte de la date de l'inscription, d'autre part un des événements indiqués peut venir rendre l'inscription impossible. En matière de privilèges sur immeubles — au moins s'il s'agit des cinq privilèges du deuxième groupe — le créancier n'a pas les mêmes motifs de faire diligence, puisque l'inscription prise dans le délai fixé, fût-ce au dernier moment, conserve le rang inhérent à la qualité de la créance. Mais le créancier est-il menacé de perdre le droit de s'inscrire, même avant l'expiration du délai, au cas d'aliénation de l'immeuble, de faillite ou de liquidation judiciaire du débiteur, enfin au cas de décès du débiteur suivi d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation par ses héritiers ?

On peut soutenir que le délai assigné est assuré en tout cas et contre tout événement. L'inscription régulièrement prise ne confère aucun droit nouveau ; elle conserve seulement la situation légalement acquise et rétroagit à l'encontre des inscriptions prises par d'autres créanciers du débiteur dans l'intervalle ; les articles 2109, 2111 et autres sont formels à cet égard. Pourquoi ne rétroagirait-elle pas aussi à l'encontre des tiers acquéreurs en cas d'aliénation, à l'encon-

tre des créanciers de la masse en cas de faillite ou de liquidation judiciaire, à l'encontre des autres créanciers du *de cuius* en cas de décès suivi d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation ? Du moment que l'inscription est prise dans le délai, elle vaut comme si elle était prise dès le début.

Telle est, en effet, la solution qu'admettent plusieurs auteurs. En accordant un délai au créancier, disent Aubry et Rau, la loi « lui donne par cela même l'assurance que ce privilège sera efficace, pourvu qu'il soit rendu public avant l'expiration de ce délai, et l'on ne comprendrait pas que sa condition pût être détériorée par la faillite ou le décès du débiteur ¹ ».

Cette thèse est manifestement favorable aux créanciers privilégiés, auxquels elle assure, à tout événement, l'intégralité du délai. Mais il est bien difficile de l'admettre, car elle ne s'appuie sur aucun texte et est contraire au droit commun. Les dispositions des articles 2146 et suivants sont communes aux privilèges et aux hypothèques, applicables aux uns comme aux autres. Or les privilèges n'ont d'effet qu'autant qu'ils ont été rendus publics par l'inscription. Donc ils n'en peuvent plus produire le jour où survient, avant que l'inscription soit prise, un fait mettant obstacle à ce qu'elle le soit. C'est le droit commun, et il n'y est pas dérogé ici. Il est vrai que l'inscription ne confère pas un droit nouveau, qu'elle conserve seulement le droit antérieur ; mais ce résultat n'est atteint que si l'inscription peut être prise ².

Ce qui confirme cette manière de voir, c'est que la loi, en cas d'aliénation de l'immeuble par le débiteur, fait une exception formelle au profit d'un des créanciers privilégiés de notre groupe, le copartageant. Afin de le garantir contre les conséquences d'une revente immédiate opérée par le copartageant débiteur — revente dont la transcription lui enlèverait la possibilité de s'inscrire —, l'article 6 alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855 autorise le copartageant, comme elle autorise le vendeur, à s'inscrire « dans les quarante-cinq jours de l'acte de partage nonobstant toute transcription d'acte

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 596, note 27. — Cpr. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 899 et 927, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 836.

2. Sic : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 120 bis VIII, — Boistel, *Précis de droit commercial*, n° 218, — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII n° 294, p. 240 et suiv.

« faite dans ce délai ». Il faut conclure de là que la transcription de l'aliénation, sans cette dérogation exceptionnelle, mettrait obstacle à l'inscription. Donc les événements qui arrêtent le cours des inscriptions en matière d'hypothèques l'arrêtent aussi en matière de privilèges sur immeubles. Alors pourquoi en serait-il autrement de la faillite ou de la liquidation judiciaire du débiteur et de son décès suivi d'acceptation bénéficiaire de sa succession ? Les délais fixés sont accordés aux créanciers comme maximum, réserve faite des événements qui en retirent le bénéfice d'après les principes généraux.

Telle est l'interprétation qui prévaut dans la pratique; elle domine d'une manière tellement absolue que les recueils ne signalent pas d'arrêts sur la question.

En dernière analyse, les délais fixés par les articles 2109 à 2111 et par les lois spéciales ne sont accordés qu'à la condition que les choses demeurent en l'état, sous la réserve des causes qui peuvent, d'après le droit commun, en enlever le bénéfice.

Troisième groupe.

572. Si l'on écarte les deux privilèges du premier groupe et les cinq du second, il ne reste que trois privilèges spéciaux sur immeubles : 1° le privilège du vendeur d'immeuble, — 2° le privilège du bailleur de fonds destinés à la recherche et à la mise en exploitation d'une mine, — 3° le privilège du domanier.

En ce qui les concerne, comment faut-il entendre l'article 2106, aux termes duquel les privilèges ne produisent effet qu'à compter de la date de l'inscription ? Comment cet article peut-il, quant aux trois privilèges dont il s'agit, se concilier avec l'article 2096, aux termes duquel la préférence se règle entre les créanciers par les différentes qualités des créances ?

Examinons la question séparément pour nos trois privilèges.

A. — Privilège du vendeur d'immeuble.

573. Puisque le privilège du vendeur résulte de la qualité de la créance, il prend rang au moment où naît la dette de l'acheteur, à la date de la vente. Le vendeur prime tous les

créanciers de l'acheteur, car ils sont forcément postérieurs à lui. Il reste primé par les créanciers ayant un droit acquis avant la vente et inscrits de son chef ou du chef des précédents propriétaires. Il a de la sorte toutes les garanties que la situation comporte.

D'autre part, son privilège ne produit effet qu'à compter du moment où il a été rendu public. Donc le privilège, pour conserver le rang qui lui est inhérent, doit être porté à la connaissance des tiers soit par la transcription, soit par une inscription.

Jusque-là, les données sont les mêmes que pour les cinq privilèges du deuxième groupe.

Mais il existe une différence singulièrement importante. Pour la transcription ou pour l'inscription du privilège du vendeur, aucun texte n'assigne un délai analogue à ceux qui sont établis par l'article 2109 pour le privilège des copartageants, par l'article 2111 pour le privilège des créanciers séparatistes, etc. Un élément du système applicable aux privilèges du deuxième groupe fait donc ici défaut ; alors la question se pose de savoir si ce système est applicable.

574. Qu'aucun délai ne soit ici fixé, on se l'explique aisément. Les rédacteurs du Code sont partis de l'idée que le privilège du vendeur serait rendu public au moyen de la transcription opérée par l'acheteur¹ ; de plus, étant donné l'intérêt qu'a l'acheteur à transcrire son titre au plus vite, ils ont supposé que la transcription serait faite sinon tout de suite après la vente, du moins à une date très rapprochée. Dans leurs prévisions, le privilège du vendeur devait inévitablement être rendu public au moment où il serait acquis, ou si peu de temps après qu'il n'y avait pas à s'occuper de l'écart.

Mais les faits n'ont pas confirmé ces prévisions. Légalement — il ne faut pas l'oublier — rien n'oblige l'acheteur à transcrire immédiatement. Aussi a-t-il fallu admettre que le privilège du vendeur, à défaut de transcription par l'acheteur, peut être conservé au moyen d'une transcription faite à la diligence du vendeur et même à l'aide d'une inscription directe prise par lui².

En conséquence, la transcription ou l'inscription peut n'intervenir qu'assez longtemps après la vente, parfois très longtemps après. Alors il est intéressant de rechercher de

1. *Suprà*, p. 40 et suiv.

2. *Ibid.*, p. 43 et suiv.

quelle manière se conserve le privilège du vendeur et quels effets il produit.

Deux interprétations peuvent être proposées ¹.

575. La première est défavorable au vendeur. Elle repose sur un raisonnement très simple.

Le vendeur, créancier du prix, reçoit de la loi un privilège (article 2103-1^o) et aucun délai ne lui est assigné pour rendre son privilège public à l'effet de le conserver rétroactivement. Or, d'après l'article 2106, les privilèges sur immeubles ne produisent effet entre les créanciers, sauf exception, qu'autant qu'ils sont rendus publics par l'inscription « et à compter « de la date de cette inscription ». Donc, puisqu'aucune exception n'est faite en ce qui concerne le privilège du vendeur, son privilège n'a rang qu'à la date de la transcription opérée par l'acheteur ou à celle de l'inscription qu'il aura prise lui-même.

La transcription ou l'inscription ne conserve pas ici rétroactivement le privilège ; elle confère et attribue le rang de collocation. Par conséquent, le vendeur sera primé par ceux des créanciers de l'acheteur qui se seront inscrits avant lui, entre la vente et l'inscription qu'il prend lui-même.

576. La déduction — on ne peut le nier — est strictement logique si on ne tient compte que de l'article 2106. Toutefois, ce système n'a pas prévalu dans la pratique.

La pratique admet que la transcription ou l'inscription, pourvu qu'elle intervienne à temps — c'est-à-dire avant l'un des trois faits qui arrêtent, de droit commun, le cours des inscriptions (aliénation, faillite ou liquidation judiciaire, décès suivi d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation) — conserve le privilège à la date de la vente. L'article 2108 semble le dire pour la transcription faite par l'acheteur ; il dit que cette transcription « conserve » au vendeur son privilège. La transcription opérée par le vendeur a nécessairement le même effet, et aussi l'inscription prise par lui, puisqu'elle tient lieu de la transcription. Donc, dans tous les cas le vendeur conserve son privilège à la date de la vente, à la condition de prendre inscription avant l'un des trois faits qui arrêtent le cours des inscriptions du chef de l'acheteur ².

1. Voy. sur cette question Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles*, dans la *Revue étrangère et française de législation*, années 1840 et 1841, — et dans les *Mélanges*, I, p. 37 et suiv.

2. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 591 et 592, texte et notes 14

S'il en était autrement, le vendeur n'aurait pas un privilège, mais une simple hypothèque, prenant rang à la date de l'inscription. Le résultat serait contraire à l'idée maintes fois exprimée que le vendeur a un droit l'emportant sur celui des créanciers de l'acheteur.

En conséquence, le vendeur, à quelque époque qu'il transcrive ou s'inscrive, prime tous les créanciers de l'acheteur, même ceux qui auraient pris inscription avant lui, c'est-à-dire depuis la vente. Le système est le même que pour les privilèges du second groupe : privilèges des copartageants, des créanciers séparatistes, etc., sauf une différence. Ces divers créanciers n'ont qu'un délai limité pour s'inscrire à l'effet de conserver rétroactivement leur privilège : soixante jours, six mois, etc.¹. Le vendeur, au contraire, jouit d'un laps de temps indéterminé ; il peut transcrire ou s'inscrire utilement tant que l'acheteur n'a pas aliéné, n'a pas été mis en faillite ou en liquidation judiciaire, ou n'est pas mort laissant des héritiers qui renoncent ou acceptent sous bénéfice d'inventaire.

De tous les créanciers privilégiés sur les immeubles, c'est donc le vendeur qui a la situation la plus favorable. De tous les privilèges, c'est celui du vendeur qui expose le plus les autres créanciers de l'acheteur ; à quelque époque que l'inscription soit prise, tant qu'elle peut l'être, le vendeur prime rétroactivement les autres créanciers de l'acheteur, même antérieurement inscrits. A vrai dire, l'inscription n'est plus exigée du vendeur que pour qu'il puisse exercer son privilège et produire à l'ordre ; elle est presque une condition de forme.

577. Cette manière de voir est admise d'une manière constante en jurisprudence.

Il résulte de là que le privilège du vendeur, à l'inverse des cinq privilèges du deuxième groupe, ne peut jamais dégénérer en hypothèque. L'article 2113, qui se comprend si

et 15, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 69, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 304, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 823. — Cass. 6 mai 1868, D. P. 1868.I.316, Sir. 1868.I.255, — Paris 17 août 1877, D. 1878.II.36, — trib. de la Seine 16 août 1881, *Le Droit* du 17 août 1881, — 26 juillet 1881, *Le Droit* du 27 juillet 1881, — 7 avril 1887, *Le Droit* du 6 mai 1887, — Nancy 3 février 1891, D. P. 1892.II.161, — Pau 24 juin 1891, D. P. 1892.II.349.

1. *Suprà*, nos 561 et suiv.

bien pour les autres privilèges, ne peut pas s'appliquer au privilège du vendeur.

La raison est simple. Que dit l'article 2113 ? « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions ci-dessus prescrites pour conserver le privilège n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires ; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites.... » Or, ici, le moment où l'inscription ne peut plus être prise à l'effet de conserver le rang légal est celui où elle ne peut plus l'être davantage à l'effet de conférer un rang nouveau. Donc l'article 2113 est inapplicable. On ne peut pas comprendre un privilège de vendeur dégénérant en hypothèque faute d'inscription prise dans les conditions réglementaires ; ou l'inscription conserve le privilège, ou elle ne peut plus être prise du tout.

578. Ce système n'a pas prévalu sans résistance. Il se heurte à deux objections.

D'une part, il est en contradiction avec l'article 2106, qui énonce une règle générale et auquel il n'est faite aucune exception relativement au privilège du vendeur.

D'autre part, la publicité exigée n'est plus guère efficace au regard des créanciers de l'acheteur, puisque l'inscription leur est opposable à quelque époque qu'elle intervienne. En ce qui les concerne, le système admis revient à dire que le privilège du vendeur les prime sans avoir été rendu public quant à eux, ou, ce qui revient au même, sous la seule condition d'une inscription qui peut être prise à n'importe quelle date.

579. Si ce système a prévalu en jurisprudence, cela tient à ce qu'il n'est pas aussi dangereux qu'il paraît l'être au premier abord.

Prenons une espèce. Une vente d'immeuble est conclue. Si l'acheteur transcrit tout de suite, comme cela devrait toujours avoir lieu, la transcription vaut inscription ; les créanciers de l'acheteur sont prévenus, et il ne peut y avoir de difficulté. Mais l'acheteur peut emprunter sur hypothèque avant d'avoir transcrit, puisqu'il est propriétaire. Le prêteur prend inscription. En cas de saisie et de distribution par voie d'ordre, le vendeur, armé de son privilège, primera-t-il le créancier hypothécaire de l'acheteur ou sera-t-il primé

par lui ? Il le primera, pourvu qu'il ait pris inscription au moment où il produit. Le privilège a rang à la date de la vente dès qu'il est inscrit, pourvu que ce soit en temps utile, c'est-à-dire avant un des faits qui arrêtent le cours des inscriptions.

En apparence ce résultat est très dangereux pour les créanciers de l'acheteur. N'est-ce pas un véritable piège pour eux, sous un régime dont le principe est qu'un droit de préférence n'est pas opposable s'il n'a pas été rendu public ?

Au fond, le danger n'est pas si grand qu'il semble. Voici la raison. Les créanciers qui font crédit sur hypothèque ne traitent qu'en se faisant présenter les titres de propriété ; le prêteur ne versera les fonds et n'acceptera hypothèque sur l'immeuble acheté qu'en consultant l'acte de vente. Si cet acte a été transcrit, le prêteur sait à quoi s'en tenir, puisque la transcription vaut inscription quand l'acte constate que le vendeur n'est pas payé¹. Si le contrat de vente n'a pas été transcrit, le bailleur de fonds est suffisamment prévenu par là même que la situation n'est pas correcte ; il exigera de l'acheteur désirant emprunter que celui-ci régularise d'abord la situation en transcrivant, et il ne devra s'en prendre qu'à lui-même s'il a négligé cette précaution. D'ailleurs le vendeur lui-même a trop intérêt à s'inscrire promptement, si l'acheteur ne transcrit pas, pour qu'il y ait sérieusement lieu de craindre que l'inscription ne soit pas prise. Comment négligerait-il de s'inscrire quand il est exposé à ne plus pouvoir le faire et à devenir simple créancier chirographaire si l'acheteur aliène à son tour, tombe en faillite, ou vient à mourir en laissant des héritiers qui renoncent à sa succession ou l'acceptent sous bénéfice d'inventaire ?

Par conséquent, si le danger est sérieux au point de vue théorique, il ne présente pas la même gravité au point de vue pratique.

580. Tel est le système en ce qui concerne le privilège du vendeur. Il est le même, en définitive, que le régime applicable aux privilèges du deuxième groupe, sauf à deux égards.

1. Si cette indication ne se trouve pas dans l'acte transcrit, le privilège du vendeur ne peut pas prendre naissance, et l'inscription qui serait ultérieurement prise n'y suppléerait pas : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 814 ; — cpr. Pau 30 novembre 1876, Sir. 1877, II, 247, — Douai 20 novembre 1895, D. P. 1897, II, 40, — Cass. 26 novembre 1895, D. P. 1896, I, 313.

D'abord aucun délai n'est imposé au vendeur pour conserver son privilège ; il peut s'inscrire utilement tant que l'inscription est possible d'après le droit commun. D'autre part, l'article 2113, qui a sa raison d'être pour les privilèges du deuxième groupe, n'est pas applicable à celui du vendeur.

B. — *Privilège du bailleur de fonds destinés à la recherche et à la mise en exploitation d'une mine.*

581. La loi du 21 avril 1810, qui l'établit dans son article 20, n'indique ni comment il est conservé, ni quel rang de collocation il confère. Dans le silence du texte, il faut décider que l'inscription est nécessaire, conformément au droit commun de l'article 2106¹. Mais aucun délai n'est assigné pour cette formalité sous peine de voir le privilège dégénérer en hypothèque. Alors, bien que l'article 20 de la loi de 1810 renvoie « aux articles 2103 et autres relatifs aux privilèges », le système de l'article 2113 ne peut pas être étendu à notre hypothèse. Le privilège ne vaut jamais qu'à la date de son inscription.

On pourrait, il est vrai, appliquer la même solution que pour le privilège du vendeur ; puisqu'il n'y a pas de délai imparti par la loi, le bailleur des fonds n'a-t-il pas, comme le vendeur, la faculté de s'inscrire utilement tant que l'inscription est possible, et de conserver ainsi le privilège à la date de la créance ? Mais le danger serait ici bien plus grand, car les créanciers du propriétaire de la mine ne seraient prévenus par aucun indice qu'ils sont primés par un créancier. Comment sauraient-ils qu'un tiers a consenti un prêt pour la recherche et la mise en exploitation de la mine ? Il faut donc décider que le privilège n'a de rang qu'à la date de l'inscription².

C. — *Privilège du domanier.*

582. La loi du 8 février 1897, qui l'établit dans son article 5 alinéa 2, est muette soit quant au mode de conservation du privilège, soit quant au rang qu'il confère. Par conséquent, le régime est le même que pour le privilège

1. *Suprà*, p. 48.

2. Dans ces conditions, le privilège établi par l'article 20 de la loi de 1810 est-il encore un privilège ? N'est-ce pas une simple hypothèque ? Nous verrons plus loin que l'assimilation aux hypothèques n'est pas tout à fait complète. *Infrà*, n° 586.

établi par la loi de 1810 au profit du bailleur de fonds destinés à la recherche et à la mise en exploitation d'une mine. En d'autres termes, le droit commun de l'article 2106 reçoit son application : l'inscription est nécessaire à la conservation du privilège ¹, et le privilège n'a de rang qu'à la date de l'inscription ².

La solution admise en ce qui concerne le privilège du vendeur n'est pas plus acceptable ici qu'à propos du privilège de la loi de 1810. Les intérêts des tiers seraient trop gravement exposés si l'inscription prise conservait le privilège à la date de la créance, c'est-à-dire à la date de l'exponse. En effet, du moment que la loi n'assigne aucun délai pour prendre inscription, l'inscription peut intervenir à une époque quelconque, peut-être longtemps après l'exponse et le dessaisissement du domanier ; rien n'avertirait les tiers de la charge grevant l'immeuble, et les hypothèques par eux inscrites seraient ensuite primées par le privilège enfin conservé. Le résultat est inadmissible ; il faut décider que le privilège n'a de rang qu'à la date de l'inscription ³.

583. Ce privilège et celui de la loi de 1810 sont les seuls

1. *Suprà*, p. 48.

2. On pourrait être tenté de donner une autre solution. En effet, il semble que le privilège du domanier soit un privilège résultant de ce que le créancier a créé une plus-value et portant sur cette plus-value. Dès lors, pourquoi ne pas lui appliquer, par analogie, le système suivi en ce qui concerne le privilège des architectes et celui des entrepreneurs de travaux pour le dessèchement des marais ? L'inscription conserverait le privilège à son rang légal, autrement dit à la date de la créance, qui est celle de l'exponse, pourvu qu'il fût inscrit avant le moment où les tiers ont intérêt à être avertis, c'est-à-dire avant le dessaisissement du domanier ; passé ce délai, le privilège dégénérerait en simple hypothèque (article 2113).

Cette manière de voir est inacceptable.

En effet, le privilège du domanier ne porte pas exclusivement sur la plus-value créée par le domanier. Il est bien établi principalement sur les édifices et superficies, mais subsidiairement sur le fonds lui-même (loi de 1897, article 5 alinéa 2). Donc il ne peut pas être assimilé aux deux privilèges indiqués ci-dessus.

D'ailleurs, même si le privilège du domanier portait exclusivement sur la plus-value, on ne pourrait lui appliquer, par voie d'analogie, le régime établi pour les deux privilèges des architectes et des entrepreneurs de travaux pour le dessèchement des marais. Ce régime est exceptionnel et ne saurait être étendu à un cas que le législateur de 1804 n'a pas pu prévoir, surtout en cette matière des privilèges où tout est de droit étroit. L'article 2106 forme le droit commun ; il doit être appliqué dans tous les cas où aucun texte n'a établi aucune règle exceptionnelle.

3. En dépit de cette règle, nous verrons plus loin que le privilège du domanier n'est pas une simple hypothèque : *infra*, n° 586.

auxquels l'article 2106, qui édicte cependant une règle générale, s'applique directement. Pour tous les autres privilèges il faut y déroger plus ou moins. Le résultat ne laisse pas d'être au moins singulier ; les exceptions à la règle sont si nombreuses qu'il reste seulement deux cas où elle s'applique.

584. Telles sont, dans leur ensemble, les règles qui servent à déterminer le rang des privilèges sur immeubles.

Pour les privilèges qui portent sur la plus-value créée, cette plus-value, distraite du gage commun des créanciers par certaines formalités, est réservée aux créanciers, qui sont alors privilégiés. Si les formalités ne sont pas remplies, les créanciers n'ont sur la plus-value qu'une hypothèque.

Les cinq privilèges du second groupe ont rang à la date de la créance si l'inscription est prise dans le délai fixé. Sinon, l'inscription ne donne rang qu'à sa date, comme en matière hypothécaire.

Le privilège du vendeur, qui est le plus favorisé de tous, prend rang à la date de la vente, à quelque époque qu'intervienne la transcription ou l'inscription.

Enfin, les privilèges établis par les lois de 1810 et de 1897 ne valent qu'à la date de leur inscription.

Est-il besoin de dire que ce système est singulièrement laborieux, compliqué, et qu'il serait assurément possible d'organiser un régime plus uniforme, partant plus simple ? Nous avons vu précédemment par suite de quel enchaînement de faits et d'idées le système en vigueur s'est constitué.

585. Une dernière observation va compléter l'exposé de ce singulier système et achever de le caractériser.

De tout ce qui précède il résulte que l'article 2096 n'est pas exact si on l'applique aux privilèges sur immeubles ; on ne peut pas dire que la préférence entre les créanciers munis de pareils privilèges « se règle par les différentes qualités « des privilèges ». En effet, le rang de collocation résulte, dans tous les cas, d'une considération de temps ; il est toujours fixé à une date, comme en matière d'hypothèques. Tantôt cette date est celle de la créance, si le privilège a été régulièrement conservé ; tantôt c'est la date de l'inscription. Finalement, tous les privilèges sur immeubles donnent rang

à une date déterminée, le créancier privilégié primant tous les créanciers postérieurs et étant primé par tous les créanciers antérieurs. Les cas de concours, quels qu'ils soient, sont ainsi régis par une règle unique.

Cela devient manifeste dans certains cas où plusieurs privilèges sur immeubles concourent entre eux.

Tel est, par exemple, le cas prévu par l'article 2103-1^o alinéa 2 : celui de ventes successives d'un immeuble sans qu'aucun des vendeurs ait été payé. L'immeuble étant saisi et vendu, dans quel ordre les divers vendeurs, tous créanciers privilégiés, seront-ils colloqués ?

L'article 2103 fournit la solution. Il suppose que le prix des ventes successives est encore dû en tout ou en partie, et que les vendeurs successifs ont régulièrement conservé leur privilège. Puis il dit : « S'il y a plusieurs ventes successives dont « le prix soit dû en tout ou en partie, le premier vendeur est « préféré au second, le deuxième au troisième, et ainsi de « suite. » En d'autres termes, les vendeurs sont colloqués, pour ce qui leur est dû, dans l'ordre d'ancienneté, en commençant par les plus anciens, ce qui libère les acquéreurs successifs, chacun au regard de son vendeur, jusqu'à concurrence de ce que celui-ci a reçu.

Le procédé est simple. *Primus* a vendu un immeuble à *Secundus* pour 100.000 francs ; *Secundus* l'a revendu à *Tertius* pour 110.000 francs, et *Tertius* à *Quartus* pour 115.000. Il n'y a pas eu paiement des prix de vente. L'immeuble est saisi sur *Quartus* et vendu 115.000 francs.

À l'amiable, on procéderait de la façon suivante, faisant abstraction des frais. *Quartus* saisi remettrait 115.000 francs à *Tertius*, celui-ci 110.000 à *Secundus*, et celui-ci 100.000 à *Primus*. En fin de compte, les 115.000 francs se trouveraient répartis de la manière suivante : *Primus* aurait 100.000 francs, *Secundus* 10.000, *Tertius* 5.000.

S'il y a lieu à un ordre, *Primus* est directement colloqué en première ligne pour ce qui lui est dû, soit 100.000 francs. Chacun des autres vendeurs est ensuite colloqué pour l'écart entre son prix d'acquisition et son prix de revente, et les acquéreurs successifs sont libérés jusqu'à concurrence des sommes distribuées. Tout le monde est payé et libéré. Les vendeurs successifs sont colloqués dans l'ordre des ventes, autrement dit dans l'ordre des dates des privilèges.

Si les ventes successives, au lieu d'être faites en plus-value, se font au contraire en perte, on procédera de même. Seulement, les acquéreurs successifs resteront débiteurs de l'écart entre leur prix d'acquisition et leur prix de revente ; dans la mesure où ils ne seront pas payés comme créanciers privilégiés, les vendeurs resteront créanciers chirographaires.

L'article 2103-1^o alinéa 2 règle le rang des vendeurs successifs entre eux. Quelque cas de concours qui se présente, soit entre plusieurs créanciers privilégiés, soit entre créanciers privilégiés et hypothécaires, la même règle est applicable.

586. Mais alors se pose l'objection suivante. En quoi ces bénéfiques légaux sont-ils des privilèges, puisque le rang de collocation résulte d'une date ? On ne dit plus : *potior causa potior jure* ; on dit dans tous les cas : *prior tempore potior jure*. Les prétendus privilèges sur immeubles ne sont-ils pas plutôt des hypothèques légales ayant un rang assigné par la loi, comme par exemple l'hypothèque légale de la femme (article 2135) ?

Non ; l'assimilation n'est pas tout à fait complète. Les privilèges immobiliers sont bien des privilèges, distincts des hypothèques, plus efficaces que des hypothèques. La différence apparaît aux deux points de vue suivants.

1^o Pour plusieurs privilèges immobiliers, ce n'est pas l'inscription, ou du moins l'inscription seule qui fixe le rang de collocation ; la qualité de la créance garde son influence. En effet, si l'inscription est prise dans les conditions voulues, elle conserve rétroactivement le rang inhérent à la créance. Il y a là une différence très appréciable entre les privilèges et les hypothèques légales.

2^o Pour tous les privilèges immobiliers, de quelque manière que soit fixée la date qui détermine le rang de collocation, il subsiste une prééminence à leur profit sur les hypothèques. Si un privilège et une hypothèque prennent rang le même jour, le privilège l'emporte sur l'hypothèque ; c'est l'application directe de l'article 2095. Au contraire, lorsque deux hypothèques sont inscrites le même jour, l'article 2147 décide que les créanciers viennent en concurrence.

Prenons une espèce. Un copartageant est débiteur d'une soulte. Le jour même du partage, c'est-à-dire le jour où s'accomplit le fait d'où dérive le privilège et qui donne au pri-

vilège son rang, une hypothèque prend rang du chef du copartageant débiteur. Ou bien — ce qui n'est guère à prévoir en fait — le copartageant constitue une hypothèque le jour même du partage et le créancier s'inscrit séance tenante ; ou bien — ce qui se conçoit plus aisément — il existait, antérieurement au partage, une hypothèque générale sur tous les biens présents et à venir du copartageant, permettant de prendre inscription sur les immeubles par lui acquis au fur et à mesure de leur acquisition, par exemple une hypothèque judiciaire (article 2123), et le créancier s'inscrit séance tenante ; ou bien enfin le patrimoine immobilier du copartageant était grevé, antérieurement au partage, d'une hypothèque légale dispensée d'inscription (articles 2121 et 2135), qui vient fondre sur tout immeuble entrant au patrimoine du copartageant au moment même de l'entrée.

Les différents droits — le privilège qui a légalement rang à la date du partage et l'hypothèque qui est inscrite ou a rang le même jour — sont alors en concours. Le privilège, à raison même de sa nature, va primer l'hypothèque. S'il s'agissait de deux hypothèques ayant ainsi la même date, les créanciers viendraient en concours (article 2147). Mais il s'agit d'un privilège et d'une hypothèque, et c'est le privilège qui l'emporte ; l'article 2095 retrouve ainsi son application : le privilège prime l'hypothèque dès que ces deux droits sont en conflit. Il est primé par les droits antérieurement acquis et régulièrement conservés ; il prime les hypothèques ayant le même rang que lui, comme les privilèges et hypothèques postérieurs.

Les règles qui viennent d'être posées à propos du privilège des copartageants s'appliquent dans tous les cas semblables ; il est à peine besoin de le dire. Soit, par exemple, un vendeur d'immeuble resté créancier du prix. Le jour même de la vente, une hypothèque judiciaire est inscrite du chef de l'acheteur sur l'immeuble vendu. Ou bien l'acheteur est soit un tuteur, soit un homme marié, de telle sorte qu'une hypothèque légale grève tous ses biens présents et à venir ; l'immeuble acheté est saisi par cette hypothèque, qui attend tous les biens et les grève dès leur entrée au patrimoine du tuteur ou du mari. Voilà le privilège en conflit avec une hypothèque ayant rang le même jour que lui. Le privilège a le pas sur l'hypothèque.

En résumé, les privilèges immobiliers, bien qu'ils prennent tous rang d'après une considération de temps, eu égard à une date, se trouvent toujours, étant données les circonstances dans lesquelles ils se manifestent, répondre à ce que l'article 2095 signale comme étant leur caractère constitutif; le privilège est bien « un droit que la qualité de la créance » donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, « même hypothécaires ». Ce point est essentiel. Mais hors de là, après bien des distinctions, on arrive à constater que privilèges et hypothèques ont le même régime.

587. Voilà l'ensemble du système. Il faut terminer en répétant l'observation déjà faite. Tout ce système est singulièrement laborieux et compliqué; il sent l'effort et constitue un système de transition.

Dans le projet de révision du régime hypothécaire, le régime est ramené à une simplicité très heureuse. Tous les privilèges sur immeubles sont identifiés à ceux qui rentrent aujourd'hui dans le second groupe. Un délai est imparti pour inscrire le privilège à compter du jour où il est acquis; l'inscription prise avant l'expiration du délai conserve le privilège, et l'inscription tardive confère rang de collocation à sa date. Les complications actuelles sont supprimées.

588. Laissons de côté les privilèges sur les immeubles. Non pas toutefois sans rappeler que nous les avons exclusivement envisagés au point de vue du droit de préférence. L'étude du droit de suite viendra plus tard.

SECTION II

Des hypothèques au point de vue du droit de préférence.

589. Comme nous venons de le faire pour les privilèges sur les immeubles, nous allons envisager les hypothèques au seul point de vue du droit de préférence qui en résulte.

A propos des hypothèques, envisagées sous ce rapport, nous retrouvons les trois questions que nous avons posées précédemment à propos des privilèges immobiliers.

1° Dans quels cas y a-t-il hypothèque ?

2° Dans quelle forme et sous quelles conditions les créanciers hypothécaires exercent-ils leurs droits ?

3° Comment se fixe le rang de collocation que les hypothèques confèrent ?

En ce qui concerne les conditions d'exercice des hypothèques, nous n'avons rien à ajouter aux développements déjà présentés. Les règles sont les mêmes que pour les privilèges sur les immeubles ; le créancier doit s'inscrire et produire à l'ordre en temps utile.

Restent donc seulement la première et la troisième questions : dans quels cas y a-t-il hypothèque et comment se fixe le rang de collocation que les hypothèques confèrent ? C'est tout l'objet du chapitre III (articles 2114 à 2145) au titre *Des privilèges et hypothèques*.

Les trois premières sections classent les hypothèques : hypothèques légales (article 2121), judiciaires (article 2123), conventionnelles (articles 2124 et suivants). Puis la section IV contient les règles relatives à la détermination du rang de collocation (articles 2134 et suivants).

Il y a, sur ce chapitre III, bien des questions de détail que nous laisserons de côté, renvoyant aux textes et aux commentaires spéciaux.

Sans prendre isolément les diverses sortes d'hypothèques, nous insisterons, procédant par rapprochement et par comparaison, sur les différences qui les séparent. Cette méthode

nous permettra de faire un travail de généralisation fort utile.

590. Or les diverses hypothèques diffèrent entre elles sous cinq rapports.

1° Elles n'ont pas la même cause, la même origine.

Les unes dérivent de la loi et sont des bénéfiques légaux, conférés à certains créanciers à raison de la qualité de leurs créances. En cela elles ressemblent aux privilèges. Telles sont les hypothèques légales et l'hypothèque judiciaire. L'article 2117 alinéas 1 et 2 les définit ; l'article 2121 énumère les premières, et l'article 2123 indique les cas dans lesquels apparaît la seconde.

Les autres résultent de conventions privées et interviennent comme moyens de crédit. L'article 2117 alinéa 3 les définit ; les articles 2124 et suivants indiquent dans quelles formes et sous quelles conditions elles peuvent être établies.

2° Les diverses hypothèques n'ont pas la même étendue.

Les unes sont générales et portent, en principe au moins, sur tous les immeubles du débiteur. Il en est ainsi des hypothèques légales (article 2122), sauf quelques distinctions, et de l'hypothèque judiciaire (article 2123 alinéa 2).

Les autres sont spéciales, ne portent que sur certains immeubles spécifiés, et ne sont valables qu'à cette condition. Il en est ainsi notamment des hypothèques conventionnelles, qui sont soumises à la règle de la spécialité (article 2129).

3° Les diverses hypothèques ne sont pas également soumises à la règle de l'inscription. Du moins, elles n'y sont pas toutes soumises de la même manière. En conséquence, le rang de collocation à l'ordre ne se détermine pas pour toutes par application des mêmes règles.

Pour les hypothèques judiciaires et conventionnelles, la règle est absolue. Elles ne valent et n'acquièrent de rang que par l'inscription ; elles sont absolument soumises au principe de la publicité.

Pour les hypothèques légales, la règle est la même en principe (article 2134). Mais il existe trois exceptions : pour les hypothèques de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. Ces trois hypothèques échappent à la règle de la publicité, en ce sens que les créanciers peuvent, au moins en principe et sauf à préciser, les exercer sans les avoir inscrites ; elles ont un rang légal de collocation indépendant de

l'inscription (article 2135). Elles n'échappent à la règle qu'en ce sens ; sous cette réserve, elles doivent être inscrites.

4° Si toutes les hypothèques doivent être inscrites, sauf l'exception relative à trois des hypothèques légales, les règles qui régissent la forme et les effets de l'inscription diffèrent, à certains égards, selon qu'il s'agit des hypothèques légales, judiciaire, ou conventionnelles. Les différences sont indiquées au chapitre IV, notamment dans les articles 2148 *in fine*, 2151, 2153 et 2154.

5° Les trois sortes d'hypothèques diffèrent à un dernier point de vue. Si tout créancier peut transmettre à des tiers le bénéfice de la sûreté existant à son profit, la transmission est soumise à des règles différentes selon qu'il s'agit de telle hypothèque ou de telle autre. Il existe, en particulier, quant à la transmission de l'hypothèque légale des femmes mariées, des règles spéciales qui ne sont pas applicables à la transmission des autres hypothèques (loi du 23 mars 1855, article 9, modifié par la loi du 13 février 1889).

Nous allons reprendre ces cinq différences. Nous traiterons ainsi des hypothèques, au point de vue du droit de préférence, en comparant entre elles les diverses espèces d'hypothèques.

§ 1. — Toutes les hypothèques n'ont pas la même cause, la même origine.

591. Les trois qualifications usitées pour les désigner — hypothèques légales, judiciaire, conventionnelles — n'ont pas d'autre but que de marquer cette diversité d'origine. L'article 2117 donne le sens de ces qualifications dans la triple division qu'il contient et que nous avons déjà fait connaître.

Précisons les caractères respectifs de chacune des trois espèces d'hypothèques. Nous verrons ensuite qu'elles sont soumises à des régimes très différents, ce qui fera précisément apparaître l'utilité de la classification.

I. — Les hypothèques légales.

592. « L'hypothèque légale, dit l'article 2117 alinéa 1, est « celle qui résulte de la loi. » Cela veut dire que les hypothèques légales sont conférées à certains créanciers à raison de la qualité favorable de leurs créances, qu'elles sont acquises de

droit, conjointement avec les créances garanties. Sous ce rapport, les hypothèques légales se rapprochent des privilèges ; elles sont, comme eux, des bénéfices légaux.

Comme eux aussi, elles constituent des droits d'exception ; il n'y a d'hypothèques légales que celles qui sont établies par la loi.

593. L'article 2121 en énumère trois : 1° l'hypothèque de la femme mariée sur les immeubles du mari, comme sûreté de ses droits et reprises, — 2° l'hypothèque du mineur et de l'interdit sur les immeubles du tuteur, comme garantie de la gestion et des comptes de celui-ci, — 3° l'hypothèque de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les immeubles des comptables de deniers publics.

Pour compléter l'énumération, il convient d'ajouter trois autres hypothèques légales, ce qui en porte le nombre à six : 4° l'hypothèque des légataires sur les immeubles de la succession (article 1017), — 5° l'hypothèque des créanciers, en cas de faillite, sur les immeubles du failli (articles 490 et 517 C. com.), — 6° celle des créanciers dont le privilège immobilier est dégénéré en hypothèque faute d'avoir été régulièrement conservé (article 2113)¹.

Il existe donc, au total, six hypothèques légales.

Les trois premières sont les hypothèques légales par excellence. Ce sont les principales. Le plus souvent même, on n'entend désigner que celles-là quand on parle des hypothèques légales. Par exemple, l'article 2122 dit : « Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite... » Cela n'est vrai que pour les hypothèques légales de l'article 2121, et non pour les autres, bien que toutes soient des hypothèques légales².

1. Afin d'être complet, il faut ajouter à la liste des hypothèques légales l'hypothèque de la régie des douanes sur les immeubles des redevables pour le paiement du montant des soumissions. Elle a été créée par la loi des 6-22 août 1791, titre XIII, article 23. Cette loi grevait également d'une hypothèque les immeubles des comptables, et elle a été abrogée à cet égard par la loi du 5 septembre 1817 ; mais la disposition qui établit une hypothèque sur les immeubles des redevables n'a jamais été modifiée. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 419, texte et note 10. — En sens contraire, Valette, dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1847, p. 841 (*Mélanges*, I, p. 325).

2. Voy. *infra*, n° 679.

594. Les trois hypothèques de l'article 2121 s'expliquent par des motifs à peu près identiques, par la faveur regardée comme due à la créance.

595. A. — En ce qui concerne l'hypothèque légale des femmes mariées, on a considéré que les femmes sont habituellement hors d'état de surveiller avec efficacité ceux de leurs intérêts dont la gestion est confiée au mari. La dépendance dans laquelle la femme est placée, en fait et en droit, son inexpérience des affaires, ajoute-t-on, enfin l'usage qui la porte à s'en remettre au mari pour tout ce qui concerne ses intérêts, font que le mari administre la fortune de la femme à peu près sans contrôle. Pour rétablir l'équilibre, la loi reconnaît à la femme, comme garantie des créances qu'elle peut avoir à ce titre, une hypothèque légale sur les biens du mari, en d'autres termes une hypothèque qui lui appartient sans qu'elle ait besoin de la stipuler.

Sous des formes et avec une étendue variables, pareille prérogative a existé de tout temps en faveur de la femme mariée ¹.

Est-elle indispensable? On l'a parfois mis en doute. Ne pourrait-on laisser à la femme le soin de stipuler, lors de la rédaction du contrat de mariage, les garanties nécessaires à la sauvegarde de ses intérêts, sans qu'il faille la protéger d'une manière aussi exceptionnelle contre les conséquences d'une situation où elle se place, en définitive, volontairement?

Quoi qu'il en soit, si la loi française a maintenu jusqu'ici l'hypothèque légale de la femme mariée, la tendance moderne, nous le verrons, est incontestablement de diminuer l'étendue des dérogations apportées au droit commun en faveur de la femme, au point de vue de son hypothèque.

1. Jusqu'à Justinien, le droit romain n'accordait à la femme qu'un *privilegium inter personales actiones*, opposable aux seuls créanciers chirographaires. Justinien institua l'hypothèque tacite sur tous les biens du mari : Constit. 1, Code de Justinien, *De rei uxoriae actione*, V, 13 ; puis, par la loi *Assiduus* (Constit. 12, *Qui potiores in pignore*, VIII, 18), il conféra à la femme une hypothèque privilégiée, préférable à celles que les créanciers du mari auraient pu obtenir avant le mariage. — Voy. à cet égard Paul Gide, *Du caractère de la dot en droit romain*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne française et étrangère*, tome II, p. 121 et suiv., — et dans la 2^e édition de *l'Etude sur la condition privée de la femme*, p. 499 et suiv.

L'ancien droit admit l'hypothèque légale en lui enlevant son caractère privilégié. Supprimée par la loi du 9 messidor an III, elle fut rétablie par la loi de brumaire an VII, d'où elle a passé dans le Code civil.

596. L'hypothèque légale de la femme mariée est un effet du mariage¹. Et de là découlent trois conséquences.

1° L'hypothèque légale est indépendante du régime matrimonial ; elle existe au profit de la femme séparée de biens, comme au profit de la femme dotale ou de la femme commune en biens². Les droits et reprises varient d'étendue selon les régimes ; quels qu'ils soient, ils sont garantis par l'hypothèque légale.

2° L'hypothèque légale s'évanouit d'une manière rétroactive si le mariage vient à être annulé, à moins que la femme n'ait été de bonne foi, cas auquel le mariage produit quant à elle tous les effets civils³.

3° L'hypothèque légale existe alors même que le mari aurait été, au moment du mariage, incapable d'établir sur ses immeubles une hypothèque valable. En effet, l'hypothèque légale n'est pas établie par le mari ; elle est un effet du mariage et n'est subordonnée à aucune autre condition que la validité du mariage lui-même. Ainsi, la femme d'un commerçant failli possède une hypothèque opposable aux créanciers de la masse, encore que le mariage ait été célébré

1. En cas de mariage contracté à l'étranger, on a prétendu que le défaut de transcription de l'acte de célébration sur les registres de l'état civil empêche l'hypothèque légale de prendre naissance (article 174). Mais la Cour de cassation reconnaît à l'article 171 un caractère purement réglementaire, et décide que le défaut de transcription n'empêche pas le mariage d'être valable et de produire tous ses effets civils, par conséquent de faire acquérir l'hypothèque légale à la femme : Cass. 28 décembre 1874, Sir. 1875.I.347. — Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 361.

La question est controversée de savoir si la femme étrangère jouit d'une hypothèque légale sur les immeubles de son mari situés en France. — Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 147. D'après la jurisprudence, l'hypothèque légale, étant une institution de pur droit civil, n'appartient en France qu'aux femmes à qui la loi l'accorde expressément ; elle est donc refusée à la femme étrangère et à la femme française mariée hors de France à un étranger : Cass. 5 février 1872, Sir. 1872.I.190, — Cass. 4 mars 1884, D. P. 1884.I.205, Sir. 1884.I.273, — Alger 20 décembre 1886, *Journal du droit international privé*, 1889, p. 269, — Paris 13 août 1889, D. P. 1890.II.161, — Alger 25 mars 1895, Sir. 1896.II.299.

Il est fait exception à cette règle dans deux cas : 1° lorsqu'un traité diplomatique accorde, par voie de réciprocité, l'hypothèque légale à la femme française sur les biens de son mari situés à l'étranger, et il existe de pareilles conventions avec l'Italie (24 mars 1760), avec la Suisse (30 juin 1864, 15 juin 1869, 23 février 1882), avec la Turquie (9 juin 1868), etc., — 2° lorsque la femme étrangère a été autorisée à fixer son domicile en France, conformément à l'article 13 C. civ. (Alger 21 mars 1860, D. P. 1862.I.201).

2. Elle survit à la séparation de corps, qui ne fait pas disparaître le mariage : Cass. 20 mai 1878, Sir. 1879.I.49.

3. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 510.

depuis la cessation des paiements. L'article 446 du Code de commerce ne déclare nulles que les hypothèques conventionnelles ou judiciaires, non les hypothèques légales ¹.

597. Quant aux créances que garantit l'hypothèque légale de la femme, l'article 2121 les indique en ces termes : « Les « droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée « sont ceux des femmes mariées sur les biens de leur « mari ». Ce texte est très général ; il confère hypothèque à la femme mariée, sans restriction ni réserve ; donc elle en a le bénéfice pour tous les droits qui lui appartiennent contre le mari en sa qualité de femme mariée.

Sous le régime de communauté, l'hypothèque garantit les reprises et récompenses. Nous parlons seulement, bien entendu, des reprises que la femme exerce en qualité de créancière ; quant à celles qu'elle exerce en qualité de propriétaire, il va sans dire qu'elle n'a pas besoin d'hypothèque ; l'hypothèque est un droit accessoire, qui ne se comprend que joint à une créance.

Sous le régime de communauté et sous le régime dotal, l'hypothèque légale garantit la dot, en d'autres termes les créances dotales.

Sous tous les régimes, elle garantit en outre les indemnités dues par le mari à raison de faits se rattachant à l'association conjugale, pour malversations ou fautes commises dans l'administration des biens personnels de la femme, pour les dépens auxquels il aurait été condamné envers elle sur une demande soit en divorce, soit en séparation de corps ou de biens, soit en obtention d'autorisation maritale, pour les frais de liquidation de ses droits et reprises, etc., etc. ². Ce sont là toutes dettes dont le mari est tenu comme tel, dont la femme mariée peut demander le paiement comme telle. L'hypothèque les garantit.

598. Il est vrai que l'article 2135, qui fixe la date d'acquisition de l'hypothèque et donne rang de collocation à la

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, n^o 380. Sur ce point comme sur d'autres, la loi de 1838 a tempéré la rigueur du Code de commerce de 1807, dont l'article 443 était conçu en termes généraux et semblait annuler même les hypothèques légales qui auraient pris naissance dans les dix jours précédant la date de la cessation des paiements.

2. Voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 996, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 372, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 362 ; — cpr. Cass. 25 juin 1895, D. P. 1897. I. 558, Sir. 1895. I. 348, — Amiens 9 juillet 1896, Sir. 1898. II. 68.

femme pour ses divers droits, procède autrement que l'article 2121. Ce dernier emploie une formule générale. Au contraire, l'article 2135 procède par énumération ; il ne mentionne, comme garanties par l'hypothèque légale des femmes, que trois espèces de créances.

1° La créance des femmes « pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales ». Le mot « dot » désigne les biens que la femme a apportés au mari et qui sont susceptibles de restitution. Par « conventions matrimoniales » la loi désigne : d'abord les créances que la femme a pu acquérir contre le mari considéré comme administrateur de ses biens personnels en vertu des pouvoirs inhérents au régime adopté, — puis les avantages matrimoniaux, ou avantages conférés à la femme par le contrat de mariage ou par la loi, tels que préciput, gain de survie, aliments pendant l'année de deuil, et qui la constituent créancière du mari.

2° La créance de la femme « pour les sommes dotales qui proviennent de successions à elle échues ou de donations à elle faites pendant le mariage », pourvu que ces successions et donations restent propres à la femme, afin d'être susceptibles de restitution.

3° La créance de la femme « pour l'indemnité des dettes qu'elle a contractées avec son mari et pour le emploi de ses propres aliénés ». La femme cautionne le mari et paie ; elle s'oblige conjointement avec lui et paie ; un de ses biens est vendu et le prix est payé aux mains du mari.

Toutes ces dettes grèvent le mari comme tel. Elles rentrent dans la formule générale de l'article 2121 et sont spécialement énumérées dans l'article 2135.

A quoi faut-il s'arrêter ? A la formule ou à l'énumération ? Sans aucun doute, à la formule générale. Si l'article 2135 mentionne spécialement trois sortes de créances, c'est uniquement afin de fixer la date d'acquisition de l'hypothèque, le rang hypothécaire de la femme pour chacune d'elles ; ce n'est nullement pour refuser le bénéfice de l'hypothèque aux créances ne rentrant pas exactement dans l'une ou l'autre de ces catégories. Pour connaître l'étendue de l'hypothèque, il faut se référer à l'article 2121 ; et encore une fois cet article est général ; il embrasse tous les droits et créances des femmes mariées comme telles ¹.

1. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 980 et

Plusieurs arrêts ont cependant limité l'hypothèque aux droits et créances résultant d'actes ou de faits se rattachant au régime des biens, à l'association conjugale envisagée quant aux biens. Par exemple, il a été jugé que la femme n'a pas d'hypothèque pour les aliments qu'elle réclamerait en vertu de l'article 214¹. Mais cette distinction est tout à fait arbitraire et n'est consacrée par aucun texte. D'ailleurs, il a été jugé, d'autre part, que la femme a hypothèque pour le remboursement des frais auxquels le mari aurait été condamné sur une demande en séparation de corps²; or il s'agit bien là d'une créance qui n'est pas exclusivement relative aux biens.

599. Signalons enfin deux questions de détail relativement à l'étendue de l'hypothèque quant aux créances. Elles sont l'une et l'autre controversées.

Première question. — On s'est demandé si la femme a hypothèque légale pour ses valeurs paraphernales.

Au premier abord, la question ne se comprend pas. En effet, c'est la femme qui a l'administration des paraphernaux, soit sous le régime de séparation de biens (article 1536), soit sous le régime dotal (article 1576); dès lors, la femme n'a que faire d'une hypothèque pour recouvrer des valeurs qu'elle a entre les mains et dont elle n'est pas créancière.

Voici comment la question se présente. Il faut distinguer entre le droit et le fait, entre ce qui pourrait être légalement et ce qui est le plus souvent en fait. Légalement, la femme a l'administration de ses paraphernaux; en fait, ils sont administrés le plus souvent par le mari. La loi elle-même prévoit cette éventualité dans les articles 1539 et 1577 à 1580. Donc la remise des valeurs paraphernales au mari rentre dans les prévisions de la loi, qui la considère comme une suite légale ou possible des conventions matrimoniales; et

981, — Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 756, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 333. — Cass. 29 août 1870, D.P. 1870.I.353, Sir. 1871.I.157, — 25 février 1891, D.P. 1891.I. 201, Sir. 1891.I.157, — 1^{er} mai 1893, D. P. 1894. I.157, Sir. 1894.I.281, — Dijon 4 juin 1894, D. P. 1894.II.334, Sir. 1895.II. 25, — Cass. 25 juin 1895, D. P. 1897.I.533, Sir. 1895.I.348.

1. Grenoble 6 février 1868, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 471, Sir. 1868.II.138. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 90, — Wahl, note dans Sir. 1895.II.25.

2. Bordeaux 22 mars 1889, D. P. 1889.II.280, Sir. 1890.II.52, — Cass. 25 juin 1895, D. P. 1897.I.558, Sir. 1895.I.348, — Amiens 9 juillet 1896, Sir. 1898.II.68.

alors le mari se trouve débiteur de ces valeurs. La femme créancière a-t-elle hypothèque ?

La question ne fait pas doute en pratique ¹. L'article 2135 ne mentionne pas cette créance comme garantie par l'hypothèque légale ; mais il n'a pas pour but de déterminer la portée de l'hypothèque de la femme ; il a pour but exclusif d'établir le rang de collocation que cette hypothèque donne à la femme dans les différents cas où elle lui appartient ².

Deuxième question. — On s'est demandé si la femme a hypothèque pour ses droits de communauté.

Elle n'a certainement pas hypothèque quand elle n'a pas d'action contre son mari à raison de la communauté ; car l'hypothèque est un droit accessoire, qui ne se comprend pas sans une créance. Donc pas d'hypothèque au cas où la femme renonce, car « la femme qui renonce perd toute espèce de « droit sur les biens de la communauté », dit l'article 1492.

Si la femme accepte, elle prend la moitié de la communauté dans l'état où elle se trouve, comme copropriétaire. Par conséquent, elle n'a pas d'action contre le mari, et ne peut pas avoir d'hypothèque ³.

On ne voit donc pas, au premier abord, comment la question peut se poser.

Il se peut cependant que la femme ait action à l'occasion des biens communs ; alors la question se pose. Il en est ainsi au cas de malversations. Le mari a outrepassé ses pouvoirs sur les biens communs, et la communauté, par suite de ses actes, n'est pas ce qu'elle aurait dû être. La femme l'action-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, p. 372, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 339, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 996. — Cpr. Cass. 9 août 1852, D. P. 1853.I.156, Sir. 1853.I.197, — 1^{er} mai 1893, D. P. 1894.I.57, Sir. 1894.I.281.

2. Le silence de l'article 2135 en ce qui concerne les valeurs paraphernales n'autorise point à conclure que la femme n'a pas hypothèque légale pour la restitution de ces valeurs. Mais on a essayé jadis de soutenir que l'hypothèque pour les valeurs paraphernales, étant donné le silence de l'article 2135, serait sujette à l'inscription. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée, et ne mérite plus d'être mentionnée qu'à titre documentaire. Voy. les décisions dans l'un et l'autre sens au *Code civil annoté* de Sirey (édition de 1901), sous l'article 2135, n^{os} 27 et 28.

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 376, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, n^o 235 ; — Cass. 9 janvier 1855, D. P. 1855.I.28, Sir. 1855.I.125, — Bastia 25 janvier 1862, D. P. 1863.II.147, Sir. 1862.II.453. — Mais la femme a un privilège de copartageant, assimilé à celui qui est accordé au cohéritier sur les biens de la succession, et soumis pour sa conservation à des règles identiques (mêmes arrêts).

ne. Cette action est-elle garantie par l'hypothèque légale ?

On peut toujours faire la même objection, tirée de l'article 2135. On peut aussi faire la même réponse, et dire que l'étendue de l'hypothèque de la femme quant aux créances garanties est déterminée non par l'article 2135, mais par l'article 2121.

600. B. — L'hypothèque des mineurs et des interdits sur les biens des tuteurs s'explique à peu près de la même manière que l'hypothèque des femmes mariées. Les mineurs en tutelle, pendant le jeune âge, sont hors d'état de contrôler la gestion du tuteur ; même aux approches de la majorité, ils sont hors d'état de la contrôler efficacement. Dès lors ils méritent une protection spéciale ¹. A plus forte raison en est-il de même des interdits.

Sous un rapport même, la protection accordée aux mineurs et interdits se justifie par des considérations plus pressantes. Quant à la femme, on peut soutenir qu'il n'y a pas de raison vraiment décisive pour la soustraire aux conséquences d'une situation où elle s'est placée volontairement ; la femme n'a qu'à prendre, dans les conventions matrimoniales, les précautions que les circonstances comportent. Au contraire, le mineur et l'interdit ne choisissent ni la situation qui leur est faite, ni le tuteur qui leur est donné. Puisque situation et tuteur leur sont imposés, il est juste que la loi les garantisse contre les fautes ou les irrégularités d'une gestion qu'ils subissent. Aussi, ceux mêmes qui doutent de la légitimité ou de la nécessité de l'hypothèque légale des femmes mariées reconnaissent en général la légitimité et la nécessité de l'hypothèque des mineurs et interdits.

601. L'article 2121 accorde l'hypothèque aux interdits sans distinction, par conséquent à ceux qui sont en état d'interdiction légale (article 29 C. pén.) comme à ceux qui sont en état d'interdiction judiciaire (article 489 C. civ.) ².

Il établit l'hypothèque sur les biens des tuteurs, sans

1. L'hypothèque des mineurs, comme celle de la femme, a fait son apparition en droit romain sous la forme d'un *privilegium inter personales actiones*. Constantin a transformé ce *privilegium* en hypothèque tacite : C. 20, Code de Justinien, *De administratione tutorum*, V, 37. — L'ancien droit français accordait aux mineurs et interdits une hypothèque *taisible*, qui fut supprimée par la loi de messidor an III et rétablie par celle de brumaire an VII.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 358, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 117, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1183. — Pau 19 août 1850, D. P. 1851.II.5, Sir. 1850.II.587.

distinction. Donc l'hypothèque existe sur les biens de toutes les personnes auxquelles la loi donne le titre de tuteur et impose les fonctions qui y sont inhérentes : 1° le tuteur proprement dit, qu'il soit légitime, testamentaire ou datif (article 450) ¹, — 2° le cotuteur (article 396) ², — 3° le protuteur (article 417) ³, — 4° le tuteur officieux (article 365) ⁴. Tous, en effet, détiennent et administrent les biens du mineur, par suite sont responsables et comptables ⁵.

Mais les termes de l'article 2121 ne sont pas susceptibles d'extension. En conséquence, l'hypothèque n'atteint ni les biens du subrogé tuteur (article 420) ⁶, ni ceux du curateur d'un mineur émancipé (article 481) ⁷, ni ceux du curateur au ventre (article 393) ⁸, ni ceux du conseil judiciaire (article 513) ⁹, ni à plus forte raison ceux de l'administrateur provi-

1. La loi du 14 juillet 1889, sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés, déroge à la généralité de la règle posée. Lorsque les père et mère ont été déclarés déchus de la puissance paternelle et qu'une décision de justice a ordonné l'ouverture d'une tutelle, les biens du tuteur ne sont pas grevés de plein droit par l'hypothèque légale ; mais la loi accorde au tribunal le pouvoir de constituer une hypothèque, générale ou spéciale, jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. — Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 332 et 412. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1176 et 1184.

2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 455. — Cpr. Valette, *Privilèges et hypothèques*, n° 142. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 499. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 358. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 117. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 82 bis. — Laurent, *Principes*, XXX, n° 264.

3. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 456.

4. *Ibid.*, p. 303 et 304. — Valette, *loc. cit.*, — Demolombe, *Adoption*, n° 236. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*, n° 1185.

5. Il est cependant une personne qui porte le nom de tuteur et dont les biens ne sont pas atteints par l'hypothèque légale : c'est le tuteur à la substitution (articles 1055 et 1056). Son titre, en effet, ne répond pas à sa fonction ; il n'a aucun pouvoir d'administration, mais une simple mission de surveillance, analogue à celle d'un curateur. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 354, note 2. Au surplus, l'article 2021 n'accorde pas l'hypothèque sur les biens des tuteurs ; il l'accorde « aux mineurs et interdits sur les biens de « leur tuteur », ce qui suppose une tutelle de mineur ou d'interdit, et non une tutelle quelconque.

L'hypothèque légale ne grève pas davantage les biens des tuteurs *ad hoc*. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 457.

6. *Ibid.*, p. 441. — Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 355. — Laurent, *Principes*, XXX, n° 269. — Demolombe, *Minorité*, I, nos 389 et 390. — La rédaction primitive de l'article 2021, qui soumettait à l'hypothèque légale les immeubles du subrogé-tuteur, a été soumise sur les observations du Tribunal : Fenet, XV, p. 333, 401 et 414. — Loaré, XVI, p. 228, 316 et 324.

7. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 539 et suiv.

8. *Ibid.*, p. 460.

9. *Ibid.*, p. 608 et suiv.

soire que la loi du 30 juin 1838 autorise les tribunaux à désigner aux aliénés non interdits placés dans des asiles ¹. En effet, ni les uns ni les autres ne détiennent ni n'administrent les biens d'un mineur ou d'un interdit ; donc ils ne sont pas comptables et leur responsabilité est d'une autre nature ².

L'hypothèque légale ne garantit pas non plus le compte que peut devoir le père administrateur légal (article 389) ³. Le père est bien investi de la gestion, et par conséquent il est comptable ; mais la loi lui a donné un autre titre que celui de tuteur, précisément pour marquer que le régime de la tutelle ne lui est pas applicable ⁴.

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 627. — Cpr. *infra*, n° 612.

2. La question est discutée de savoir si l'hypothèque légale grève les immeubles du tuteur de fait, c'est-à-dire de la personne qui remplit les fonctions de tuteur sans en porter le titre.

La plupart des auteurs écartent l'application de l'article 2121, faisant observer qu'il doit être interprété d'une manière restrictive ; Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 356, texte et note 9, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 116, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1182.

D'autres font observer qu'il serait inique de refuser au mineur le bénéfice de l'hypothèque dans le cas où ce bénéfice est particulièrement nécessaire puisque l'ensemble des garanties organisées au profit des mineurs font défaut : Demolombe, *Minorité*, I, n° 390, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 500. — Cette manière de voir a pour elle la tradition historique : Basnage, *Hypothèques*, chap. VI, — Pothier, *De l'hypothèque*, chap. I, section I, article 3 ; — Cpr. la constit. 20, Code Justinien, *De administratione tutorum*, V, 337, — ainsi que les fragments 19 § 1 et 23, Dig., *De rebus auctoritate judicis possidendis*, XLII, 5.

Elle est presque universellement admise dans l'hypothèse prévue par l'article 395 (voy. sur cette hypothèse *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 430 et suiv.). La mère tutrice légale qui se remarie doit, avant le mariage, consulter le conseil de famille sur la question de savoir s'il entend lui conserver la tutelle ; si la femme ne consulte pas le conseil, la loi la déclare déchue de la tutelle, et le mari est responsable solidairement avec elle des suites de la tutelle indûment conservée. La responsabilité de la mère et du mari est garantie par l'hypothèque légale, comme elle le serait dans le cas de la cotutelle régulière prévue par l'article 396. Du reste, il s'agit bien ici d'une véritable tutelle ; l'article 395 parle d'une « tutelle indûment conservée ». Voy. Demolombe, *Minorité*, I, nos 124 et 128, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 500, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 360 et 361, texte et notes 13 et 14, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 117, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1187 ; — cpr. Cass. 15 décembre 1825, Sir. 1826.I.298, — 27 juillet 1877, D. P. 1878.I.412, Sir. 1879.I.55. — *Contra*, Laurent, *Principes*, XXX, n° 264.

3. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 380.

4. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 493, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 355, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 271, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 82 bis IV, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 116, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1178.

Cette différence se justifie d'ailleurs par plusieurs motifs.

a) L'enfant qui a encore son père et sa mère — et c'est alors seulement qu'il y a administration légale — a rarement une fortune personnelle. Ce n'est guère qu'après avoir recueilli l'héritage du prémourant de ses père et mère qu'il aura vraiment besoin d'être garanti contre la mauvaise gestion du survivant; et alors il y aura tutelle.

b) Tant que la mère existe, les biens du père sont déjà soumis à l'hypothèque légale qu'elle possède sur les biens de son mari. Ce serait écraser le crédit du chef de famille que d'ajouter, sans utilité, l'hypothèque du mineur.

c) Enfin, quand la mère est vivante, elle exerce un contrôle moral, qui est une garantie suffisante pour l'enfant.

602. Quant aux créances que garantit notre hypothèque, elles sont caractérisées par l'article 2021 de la façon suivante : « les droits et créances des mineurs et interdits ». D'après l'article 2135, l'hypothèque garantit aux mineurs et interdits « tout ce que le tuteur peut leur devoir à raison de sa gestion ». Donc elle garantit : 1° les capitaux remis entre les mains du tuteur au début de la tutelle, et dont il n'a pas été fait un placement régulier, — 2° les recettes et recouvrements effectués au cours de la tutelle ¹, — 3° toutes les responsabilités encourues pour fraude, faute ou négligence ², — en un mot tout ce dont le tuteur est comptable comme tel, par suite de l'administration qui lui est confiée ³.

603. C. — La troisième des hypothèques légales de l'article 2121 est celle « de l'Etat, des communes et des établissements publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables ». L'énumération n'est ni complète, ni pré-

1. Par suite, l'hypothèque garantit les dettes dont le tuteur était tenu envers le mineur, et qui ne sont devenues exigibles qu'après son entrée en fonctions: Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 363, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 273, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 81 bis 1, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 419, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 4189.

2. Par exemple, pour avoir négligé de faire transcrire une donation immobilière faite au mineur (Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 364) — ou pour avoir touché et dissipé des capitaux appartenant à l'incapable et dont le tuteur était usufruitier (Bordeaux 24 février 1893, D. P. 1894.II.361). — Voy. des applications analogues dans les décisions suivantes : Paris 21 février 1875, D. P. 1878.I.268, Sir. 1878.I.338. — Bordeaux 18 décembre 1878, Sir. 1879.II.174, — Cass. 29 juillet 1895, D. P. 1896.I.107.

3. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 480 et suiv., 522 et suiv.

cise. Le législateur aurait mieux fait de dire que l'hypothèque porte sur les immeubles « des comptables de deniers publics ».

Cette hypothèque s'explique par l'intérêt d'ordre général qui s'attache à la bonne gestion et à l'exacte rentrée des deniers publics.

Quant à la question de savoir quels sont les fonctionnaires ayant la qualité de comptables de deniers publics, elle relève du droit administratif, auquel nous ne pouvons pour le moment que demander une formule. L'article 1 du décret du 31 mai 1862 sur la comptabilité publique contient cette définition : « Les deniers publics sont ceux de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics ou de bienfaisance ¹. »

Seuls les receveurs et administrateurs des deniers définis par le décret de 1862 sont comptables de deniers publics.

Leur gestion est soumise aux règles de la comptabilité publique. Ils sont justiciables de la Cour des Comptes. Leurs immeubles sont affectés par hypothèque à la garantie de leurs comptes ².

Le créancier éventuel est muni à leur encontre d'une double sûreté : 1^o celle du cautionnement qu'ils déposent et sur lequel l'Etat, le département ou la commune a un privilège de premier ordre ³, — 2^o celle de l'hypothèque légale établie par l'article 2121 *in fine*.

D'après cet article et surtout d'après l'article 2122, cette hypothèque porte sur tous les immeubles du comptable. Mais

1. Par établissements publics, il faut entendre ceux qui font partie intégrante de l'organisation administrative de la France, ou se rattachent étroitement à certaines parties de cette organisation. Aux établissements publics on oppose les établissements d'utilité publique, tels que les sociétés de secours mutuels et les caisses d'épargne. Voy. Laurent, *Principes*, XXX, n^o 419, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 415 et 416, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 122, — Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 38 et suiv. — Les trésoriers et comptables des établissements d'utilité publique ne sont pas grevés de l'hypothèque légale prévue par l'article 2121.

2. La gestion occulte étant soumise aux mêmes juges et entraînant les mêmes responsabilités que les gestions patentes et régulières, les biens des comptables occultes sont frappés de l'hypothèque légale instituée par l'article 2121 : Léon Say, *Dictionnaire des finances*, v^o *Comptabilité occulte*, p. 1132 et suiv., — Béquet, *Répertoire du Droit administratif*, v^o *Comptabilité de fait*, n^o 401, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1213. — Cpr. Bordeaux 1^{er} juillet 1890, Sir. 1892.II.33 (note de M. Albert Tissier).

3. *Suprà*, tome I, p. 342.

nous avons déjà dit que cela n'est plus complètement exact depuis la loi du 5 septembre 1807¹. Parmi les biens du comptable, les uns sont affectés par privilège, les autres par l'hypothèque légale. Nous renvoyons, pour le détail, aux articles 4 et 5 de la loi de 1807.

La formule à retenir est la suivante. Sont affectés par privilège les immeubles acquis à titre onéreux par le comptable ou la femme du comptable depuis la nomination. Restent affectés par hypothèque, dans les termes de l'article 2121, les immeubles qui appartenaient au comptable avant sa nomination et les immeubles acquis depuis lors à titre gratuit. Il est inutile d'insister sur cette distinction, dont la portée et la raison d'être ont été indiquées précédemment².

604. Telles sont les trois premières hypothèques légales, celles qui sont plus spécialement connues sous ce nom. Elles s'expliquent par des considérations identiques, ou du moins analogues.

Tout autres sont les motifs qui ont fait instituer les trois dernières.

605. La quatrième et la cinquième ne nous retiendront pas.

L'hypothèque de la masse des créanciers sur les immeubles du failli est établie par l'article 490 du Code de commerce. Le caractère spécial et l'utilité de cette hypothèque sont étudiés dans les cours de droit commercial à propos des faillites³.

Quant aux privilèges dégénérés en hypothèques, nous n'avons rien à ajouter aux indications précédemment fournies sous l'article 2113⁴.

1. *Suprà*, p. 15.

2. *Ibid.*, p. 16.

3. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, nos 276 et suiv., p. 227 et suiv., — Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 870 et suiv. — L'hypothèque de la masse est bien une hypothèque légale et non judiciaire. En effet, elle ne résulte pas d'un jugement de condamnation, au sens des articles 2117 et 2123. « La déclaration de faillite, disent MM. Lyon-Caen et Renault, est le fait d'où la loi fait résulter « l'hypothèque. » Voy. *Traité, loc. cit.*, VII, n^o 277. — Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 351, texte et note 12, — Caen 10 juillet 1886, *Journal des faillites*, 1886, p. 430. — Secus, de Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire*, p. 81, — Dijon 5 août 1864, D. P. 1864.II.149, Sir. 1864.II.544, — Paris 27 mai 1865, D. P. 1865.II.174, Sir. 1865.II.27. — Cpr. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 870.

4. *Suprà*, p. 58 et suiv.

606. Reste enfin l'hypothèque légale des légataires.

Elle résulte de l'article 1017 : « Les héritiers du testateur, « ou autres débiteurs d'un legs, seront personnellement « tenus de l'acquitter, chacun au prorata de la part et por- « tion dont ils profiteront dans la succession. Ils en seront « tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concur- « rence de la valeur des immeubles de la succession dont « ils seront détenteurs. »

Ainsi, les immeubles d'une succession sont affectés par hypothèque au paiement des legs. Les héritiers sont tenus des legs « personnellement pour leur part et portion » ; c'est l'application de l'article 870. Puis ils en sont tenus « hypothécairement pour le tout », jusqu'à concurrence des immeubles de la succession dont ils sont détenteurs.

Il ne s'agit ici, bien entendu, que des legs d'où résulte pour le légataire un droit de créance, notamment des legs de sommes d'argent. L'hypothèque ne se comprend que comme accessoire d'une créance. Quant aux legs qui sont translatifs de propriété, aucune sûreté n'est nécessaire, puisque le légataire peut procéder par voie de revendication ; là où il s'agit de droits réels, l'hypothèque n'a plus de raison d'être.

607. L'hypothèque des légataires est légale.

On la justifie par l'idée générale suivante. Les biens de la succession ne passent aux héritiers que déduction faite des charges qui les grèvent, en d'autres termes des legs ; par conséquent, il faut soustraire les légataires au concours des créanciers personnels de l'héritier, les biens n'entrant dans le gage de ces créanciers que déduction faite des charges. De là l'hypothèque de l'article 1017 ; les légataires seront payés, sur les biens héréditaires, par préférence aux créanciers personnels de l'héritier.

Cette considération ne suffit pas cependant pour justifier l'hypothèque des légataires. Cette hypothèque s'impose si peu comme une nécessité que la loi n'en accorde pas une semblable aux créanciers du défunt. Cependant on peut dire *a fortiori* des créanciers ce qu'on dit des légataires : les biens héréditaires ne passent aux héritiers que déduction faite de ce que devait le défunt. Il faudrait donc soustraire les créanciers héréditaires au concours des créanciers personnels de l'héritier, et pour cela leur concéder une hypothèque leur

assurant d'être payés sur les biens héréditaires par préférence aux créanciers personnels de l'héritier. Or aucun texte n'accorde hypothèque aux créanciers ; ils n'ont que le droit de demander la séparation des patrimoines (articles 878 et 2111).

L'article 873, il est vrai, met les dettes et les legs sur la même ligne : « Les héritiers sont tenus des dettes et charges « de la succession, personnellement pour leur part et portion « virile, et hypothécairement pour le tout. » Et l'article 1017 emploie la même formule pour les legs. Mais il existe entre les deux textes une différence. Quand l'article 873 dit que les héritiers sont tenus hypothécairement des dettes, il suppose que les créanciers avaient une hypothèque du chef du défunt ; il ne la leur confère pas ; *hypothécairement* signifie : *s'il y a hypothèque acquise par eux*. Or il en est autrement des légataires. En disant que les héritiers sont tenus des legs hypothécairement, l'article 1017 ne peut que leur conférer hypothèque, car ils ne peuvent pas être hypothécaires à un autre titre, puisqu'ils ne sont devenus créanciers que par le décès du testateur ; ou le texte leur confère l'hypothèque, ou il n'a pas de sens.

C'est en effet, malgré quelques doutes, ce qui est admis généralement.

Ainsi, les créanciers héréditaires n'ont qu'une garantie contre les créanciers personnels de l'héritier : celle de la séparation des patrimoines, s'ils la demandent (article 878). Les légataires en ont deux : celle de la séparation des patrimoines, puisque l'article 2111 leur est commun avec les créanciers, — celle de l'hypothèque (article 1017), qui leur est particulière et propre.

Ce concours de deux garanties au profit des légataires est une superfétation manifeste. Ajoutons : regrettable. Il en résulte parfois cet effet inattendu, étrange même, que les légataires seront payés intégralement, quand les créanciers ne le seront que d'une manière partielle.

Il est facile de le vérifier en se demandant quelle est, pour les légataires, l'utilité respective de la séparation des patrimoines et de l'hypothèque.

608. Sous deux rapports, la séparation des patrimoines est plus avantageuse que l'hypothèque légale.

a) Le droit de préférence qui résulte de la séparation

s'exerce sur les meubles et sur les immeubles (articles 878 et suivants), tandis que l'hypothèque s'exerce seulement sur les immeubles (article 1017). Si donc le défunt n'a laissé qu'une fortune mobilière, la séparation procure une garantie que l'hypothèque n'offrirait pas.

b) En ce qui concerne les immeubles, les légataires ont privilège, comme séparatistes, à la date de l'ouverture de la succession, pourvu que l'inscription soit prise dans les six mois du décès (article 2111), et ils priment les créanciers de l'héritier qui se seraient inscrits dans l'intervalle ¹. Il en est autrement de l'hypothèque, qui ne prend rang qu'à la date de l'inscription.

A ces deux points de vue, la séparation des patrimoines vaut mieux que l'hypothèque.

609. Mais, sous deux autres rapports, l'hypothèque garantit le paiement des legs plus efficacement que la séparation des patrimoines.

a) L'hypothèque de l'article 1017 engendre certainement le droit de suite sur les immeubles affectés au paiement (article 2166). Il y a doute pour la séparation des patrimoines. La jurisprudence la plus récente accorde le droit de suite, mais la solution est contestable et contestée ².

b) La séparation des patrimoines n'empêche pas la division des legs entre les héritiers, pas plus que celle des dettes ³. Aux termes des articles 873 et 1017 (première phrase), chaque héritier est tenu pour sa part ; et le légataire, en tant que séparatiste, n'a d'action que dans la limite de son droit personnel. Ce n'est pas l'ensemble des biens qui est affecté par privilège à l'ensemble des dettes et charges ; c'est aux mains de chaque héritier que les biens par lui reçus sont affectés au paiement du passif à sa charge.

Soit, par exemple, deux legs de dix mille francs chacun, puis deux héritiers dont chacun a reçu un immeuble dans son lot et doit cinq mille francs sur le montant de chaque legs. Les légataires demandent la séparation des patrimoines et en conservent le bénéfice par l'inscription (article 2111). Chacun d'eux ne pourra demander à chaque héritier que cinq mille francs ; et si l'un des héritiers ne peut pas payer,

1. *Suprà*, n° 565.

2. *Ibid.*, p. 22 et suiv.

3. *Ibid.*, p. 19 et suiv.

l'autre ne sera toujours tenu que pour cinq mille francs sur chaque legs. La séparation des patrimoines n'apporte aucune modification aux rapports des héritiers entre eux.

Or il en est autrement de l'hypothèque, telle que l'établit l'article 1017. Les immeubles de la succession sont affectés dans leur ensemble au paiement des legs. L'article 1017 est formel. Ce que le légataire n'obtient pas d'un des héritiers, il peut le demander aux autres en qualité de débiteurs hypothécaires, sauf règlement ultérieur.

C'est précisément ce qui fait qu'un légataire peut être payé sans que les créanciers le soient. Voici comment.

Le créancier, même séparatiste, non payé par un héritier de ce qui lui est dû par celui-ci, ne peut exiger des autres la part de l'insolvable. Au contraire, ce droit appartient au légataire, grâce à son hypothèque. L'hypothèque grevant tous les immeubles de la succession, tout héritier, dès qu'il détient un immeuble de la succession, peut être poursuivi pour le tout par le légataire. Par suite, un légataire, grâce à son hypothèque, pourra être intégralement payé tandis qu'un créancier le sera seulement en partie, malgré la séparation des patrimoines, à cause du principe de la division des dettes.

Il y a là une anomalie. On s'accorde à voir dans l'article 1017, tel qu'il est rédigé, une extension probablement involontaire, en tout cas peu intelligente des lois romaines.

Le droit romain accordait hypothèque aux légataires. « *Liceat legatariis id persequi*, disent les Institutes, *non solum per actiones personales, sed etiam per in rem et per hypothecariam* ¹. » Ce passage est éclairé par la constitution 1, au Code de Justinien, *Communia de legatis*, VI, 43. Elle explique que l'hypothèque n'affectait pas les immeubles dans leur ensemble au paiement de l'ensemble des legs ; elle affectait l'immeuble attribué à chaque héritier au paiement de la part du legs mise à sa charge ; elle était établie dans la mesure de l'obligation de chacun : « *In omnibus autem hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque convenire volumus in quantum personalis actio adversus eum competit.* » La situation était donc la même

1. Livre II, titre XX, § 2.

que celle qui résulte aujourd'hui de la séparation des patrimoines.

L'article 1017 a changé tout cela. Tous les immeubles sont affectés à l'acquittement de tous les legs. Par suite, tout détenteur d'un immeuble héréditaire, bien qu'il soit seulement débiteur personnel d'une part, doit hypothécairement le tout. D'où il résulte, répétons-le, qu'un légataire peut être payé alors qu'un créancier, même demandant la séparation des patrimoines, ne l'est pas.

610. Le système est tellement défectueux que certains auteurs ont nié l'existence de l'hypothèque légale des légataires. L'article 1017, d'après eux, ne serait qu'une application de l'article 2111. Les légataires ont une sûreté réelle ; l'article 1017 l'appelle une hypothèque et l'article 2111 un privilège ; en réalité c'est la séparation des patrimoines et ce n'est pas une hypothèque ¹.

En effet, dit-on, l'article 2121 ne mentionne pas l'hypothèque des légataires dans l'énumération qu'il donne des hypothèques légales. Quant à l'article 1017, sans doute il suppose l'existence de l'hypothèque des légataires, mais cette hypothèque a été écartée plus tard, lors de la discussion du titre *Des privilèges et hypothèques*. L'histoire de la rédaction de l'article 1017 est invoquée comme péremptoire en ce sens. Les rédacteurs du titre *Des donations*, en adoptant la disposition qui est devenue l'article 1017, « ont eu moins en vue « de conférer une hypothèque aux légataires que de déterminer la nature de celle qu'ils supposaient devoir leur être « accordée conformément au droit ancien ² ». Or cette hypothèque, dans la suite, n'a pas été accordée ; l'article 1017 est une pierre d'attente sur laquelle rien n'a été placé.

Cependant, la jurisprudence admet sans hésiter l'existence de l'hypothèque légale des légataires. L'article 1017 est là, qui ne permet aucun doute. De ce qu'une loi est mauvaise il ne résulte pas qu'on ait le droit de conclure à son inexistence ³.

1. Voy. en ce sens Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 353. — 4^e édition, VII, p. 493, note 24. — Laurent, *Principes*, XIV, n^o 174. — Gabriel Demante, *Revue critique de droit*, année 1854, p. 179.

2. Aubry et Rau, 4^e édition, VII, p. 494. Il faut lire toute l'argumentation très vigoureuse et très fortement documentée des savants auteurs.

3. Toulouse 23 décembre 1870, D. P. 1872. V. 271, Sir. 1872.II.41. — Rennes

Mais tout le monde est d'accord que l'hypothèque légale des légataires est une institution à supprimer. Elle a été supprimée déjà par la loi belge ¹ et par le Code civil italien de 1866 ². Elle est condamnée dans les projets de réforme qui sont à l'étude en France.

611. Telles sont l'origine et la cause des hypothèques légales. Elles sont conférées à raison de la qualité réputée favorable des créances et sont acquises de plein droit, conjointement avec les créances elles-mêmes.

II. — L'hypothèque judiciaire.

612. On l'appelle ainsi parce qu'elle est inhérente aux jugements. L'article 2117 la définit : « celle qui résulte des jugements ou actes judiciaires ».

Jadis on la qualifiait d'hypothèque tacite ³ ; nous dirions aujourd'hui : légale. Et on avait raison. En effet, si on y regarde de près, ce n'est pas le jugement qui l'établit, et la volonté du juge n'est pour rien dans sa constitution ; elle résulte des jugements, en ce sens que la loi l'y attache et l'en fait résulter, comme elle fait découler une hypothèque du mariage au profit de la femme, de la tutelle au profit des mineurs et interdits. L'hypothèque dite judiciaire a donc sa cause dans la loi, comme l'hypothèque de la femme mariée, du mineur et de l'interdit. Elle est légale au même titre que les hypothèques de l'article 2121.

Il existe seulement deux cas de véritable hypothèque judiciaire, c'est-à-dire d'hypothèque établie par jugement. Ils sont prévus l'un par l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, l'autre par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection des enfants maltraités ou moralement abandonnés ⁴.

21 mai 1875 et Cass. 22 janvier 1879, D. P. 1879.I.121, Sir. 1879.I.252, — Bordeaux 5 mai 1887, D. P. 1889.II.7, Sir. 1890.II.124.

La majorité des auteurs admet le système de la jurisprudence : Demolombe, *Successions*, V, n° 117, — *Donations et testaments*, IV, n° 673, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 424, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 124, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IV, n° 162 bis III, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 966.

1. Voy. Laurent, *Principes*, XXX, n°s 543 et suiv.

2. Voy. Huc, *Le Code civil italien*, I, p. 325.

3. Pothier, *Coutume d'Orléans*, XX, 3.

4. Cpr. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 628 et 332.

Aux termes de l'article 32 de la loi de 1838, il peut être désigné aux personnes non interdites placées dans un établissement d'aliénés un administrateur provisoire. L'article 34 ajoute : «... Sur la demande des parties intéressées, ou sur « celle du procureur du Roi, le jugement qui nommera l'ad-
« ministrateur provisoire pourra en même temps constituer
« sur ses biens une hypothèque générale ou spéciale, jus-
« qu'à concurrence d'une somme déterminée par ledit juge-
« ment..... »

Aux termes de l'article 10 de la loi de 1889, si le mineur dont les parents ont été déclarés déchus de la puissance paternelle possède des biens ou est appelé à en recueillir, le tribunal peut ordonner qu'une hypothèque générale ou spéciale soit constituée, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, sur les biens du tuteur nommé au mineur.

Dans ces deux cas, c'est bien le jugement qui établit l'hypothèque et qui en détermine l'étendue. L'hypothèque est vraiment judiciaire, établie par décision de justice.

Quant à l'hypothèque de l'article 2123, elle est attachée de plein droit aux jugements ; elle résulte donc de la loi et non des jugements. Encore une fois, c'est une hypothèque légale.

Cependant le Code civil la distingue des hypothèques légales ; il la classe à part sous le nom d'hypothèque judiciaire. Mais la différence n'est que dans les mots, non dans la réalité des choses.

613. Quelque qualification qu'on donne à cette hypothèque, quels sont les motifs qui l'expliquent ? Il n'est pas aisé de lui assigner un fondement rationnel. Sa légitimité est fort contestable et très contestée depuis longtemps.

Si l'on envisage ses effets, elle produit ce résultat que les créanciers porteurs de jugements sont payés par préférence aux créanciers qui invoquent un titre d'une autre nature. Or, en quoi le créancier qui a pris jugement contre son débiteur mérite-t-il d'être payé avant celui qui est simplement cédulaire ?

La raison traditionnellement donnée est la suivante. Lorsqu'un débiteur se laisse poursuivre en justice et condamner, il montre par là sa mauvaise volonté à payer, ou son impuissance à le faire. Afin d'assurer l'exécution prompte et complète du jugement rendu, la loi confère hypothèque au

créancier sur les biens du débiteur. L'hypothèque judiciaire est un hommage dû à la chose jugée.

Cette raison est insuffisante. On comprend que la loi assure l'exécution des jugements contre un débiteur, pour vaincre sa résistance et l'empêcher de se moquer de la justice. Mais on ne voit pas pourquoi la loi assurerait cette exécution au détriment des autres créanciers. Or c'est à quoi aboutit l'hypothèque judiciaire.

En fait, elle prête à l'abus ; le plus souvent elle amène des injustices. Tel des créanciers aura usé de ménagements envers le débiteur, ou aura ignoré l'état de ses affaires et aura attendu ; tel autre, plus exigeant ou mieux renseigné, peut-être prévenu par le débiteur lui-même qui veut l'avantager, aura obtenu jugement ; celui-ci, la liquidation survenant, sera payé par préférence à l'autre. Pourquoi ? Aux approches de la déconfiture, l'hypothèque sera ainsi le prix de la course ou le résultat de collusions. Quelquefois elle sera le résultat du hasard, suivant que les tribunaux saisis de plusieurs demandes contre un même débiteur expédieront les affaires plus ou moins vite, suivant que la créance donnera lieu à des contestations plus ou moins difficiles et longues. Tout cela est fâcheux.

La loi commerciale, en cas de faillite du débiteur, a obvié en partie à ces inconvénients en annulant toute hypothèque obtenue depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent (article 446 C. com.). En matière civile, le péril reste complet. Même en matière commerciale, il subsiste pour le temps qui aura précédé ce délai de dix jours.

Toute cette législation n'est ni équitable ni rationnelle.

Aussi l'existence de l'hypothèque judiciaire ne peut-elle être expliquée qu'historiquement. Il serait inexact de la rattacher au *pignus praetorium* ou *pignus judiciaire* des Romains ; ces droits sont l'origine de la saisie et non de l'hypothèque judiciaire¹. Celle-ci est une création du droit français ; elle se rattache par ses origines au système hypothécaire général de notre ancien droit.

L'ancien droit posait en principe que tout titre exécutoire

1. Voy. Valette, *De l'hypothèque judiciaire*, dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1849, et dans les *Mélanges*, I, p. 355 et suiv. — Cpr. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1218, — et Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e édition, p. 753.

emporte hypothèque. Ce principe fut admis d'abord pour les obligations constatées par acte notarié ; on rendait hommage de la sorte à la forme authentique. Puis on étendit la règle aux obligations constatées par acte sous seing privé lorsqu'elles avaient été reconnues en justice ¹. Plus tard enfin l'hypothèque fut généralisée et appliquée à tous les jugements, qui emportaient hypothèque comme tous les titres exécutoires ².

C'est cette hypothèque, inhérente à la forme du titre, qui a été conservée ici, alors qu'elle était abolie en toute autre matière. Les actes notariés ont cessé de produire cet effet ³ ; il a été maintenu aux jugements.

On peut affirmer sans hésitation que ce maintien constitue une anomalie et fait tache dans notre régime hypothécaire ⁴. Aussi la plupart des législations étrangères qui ont adopté le Code civil ont-elles rejeté l'hypothèque judiciaire ⁵. En France même, l'Assemblée législative de 1850 a voté la suppression de l'hypothèque judiciaire dans un projet qui n'a point abouti. Enfin la commission extraparlamentaire du cadastre et de la réforme hypothécaire en a voté récemment la suppression complète ⁶.

614. Quoi qu'il en soit, elle existe encore. Et il importe de rechercher d'où elle découle exactement.

Aux termes des articles 2117 et 2123, elle résulte : 1° des

1. Coutume de Paris, article 78 (rédaction de 1510) : « Une cédule privée, qui porte promesse de payer, emporte hypothèque du jour de la confession « d'icelle en jugement ». — L'ordonnance de Villers-Cotterets (août 1539) reproduisit, dans ses articles 92 et 93, le texte de la Coutume de Paris, en l'étendant à toute la France.

2. La réforme fut ainsi complétée par l'ordonnance de Moulins, en 1566, et la règle nouvelle prit place, en 1580, dans l'article 107 de la Coutume de Paris révisée.

3. A la différence des hypothèques légales, l'hypothèque judiciaire fut maintenue par la loi du 9 messidor an III et par celle du 11 brumaire an VIII.

4. Il en est ainsi notamment de la Belgique. Voy. Laurent, *Principes*, XXX, n° 490. — Quant au Code civil italien, il a maintenu l'hypothèque judiciaire, mais en la restreignant aux immeubles présents du débiteur condamné. Voy. Paul Magnin, *op. laud.*, p. 85.

5. Voy. le rapport de M. Challamel à la sous-commission juridique (*Procès-verbaux de la commission extraparlamentaire du cadastre*, fascicule 2, p. 205 et suiv.), et les discussions de la sous-commission (fascicule 2, p. 681 et suiv., — fascicule 3, p. 65 et suiv.).

6. Voy. les arguments qu'on peut faire valoir en faveur de l'hypothèque judiciaire dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1278.

jugements, — 2° des actes judiciaires. — Il faut ajouter : 3° de certaines contraintes administratives.

Reprenons ces trois sources de l'hypothèque judiciaire.

A. *Les jugements.*

615. Il faut entendre par là toutes les décisions rendues sur des questions contentieuses¹.

Peu importe la juridiction qui prononce : tribunaux civils, tribunaux de commerce, tribunaux administratifs, juges de répression, juges de paix, conseils de prud'hommes, arbitres même, du moment qu'il y a une condamnation prononcée². Toutefois, pour les sentences arbitrales, l'article 2123 alinéa 3 fait une réserve. Les arbitres tiennent leurs pouvoirs d'un compromis, autrement dit d'un contrat ; ils sont de simples particuliers, érigés en juges par la volonté et le choix des parties ; les sentences arbitrales n'ont pas caractère officiel et force exécutoire. Aussi, d'après les articles 1020 et 1021 du Code de procédure civile, la sentence arbitrale n'est exécutoire que quand elle a été rendue telle par une ordonnance du président du tribunal. C'est alors seulement que la sentence arbitrale peut être considérée comme un véritable jugement ; alors seulement l'article 2123 alinéa 3 y attache l'hypothèque judiciaire³.

1. L'hypothèque judiciaire ne résulte jamais, en principe, des actes de juridiction gracieuse, même s'ils revêtent la forme extérieure d'un jugement ou peuvent acquérir l'autorité de la chose jugée. Il en est ainsi, par exemple, des jugements d'adjudication sur expropriation forcée : Garsonnet, *Traité de procédure civile*, 2^e édition, IV, § 1600, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 577, — De Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire*, p. 61, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 424, texte et note 14, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 57.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 427. — Pour les décisions des conseils de Préfecture, voy. l'article 94 de la loi du 22 juillet 1889.

3. L'hypothèque judiciaire résulte des décisions contentieuses rendues par les tribunaux français, quels qu'ils soient. Mais résulte-t-elle des jugements rendus par des tribunaux étrangers contre des personnes ayant des immeubles en France ?

La question ne se pose même pas s'il s'agit de jugements rendus à l'étranger par des juges français, par des consuls. Pareils jugements emportent sans contredit hypothèque judiciaire.

Mais que décider s'il s'agit de jugements rendus à l'étranger et émanant d'autorités étrangères ?

La question est complexe. Elle en comprend deux.

1° Les jugements rendus à l'étranger et émanant d'autorités étrangères peuvent-ils être exécutés en France ?

Oui ; mais ils n'ont pas par eux-mêmes force exécutoire en France. La sou-

Peu importe le montant de la condamnation. Le jugement

veraineté nationale s'oppose à ce qu'une autorité étrangère puisse donner des ordres exécutoires en France. Pour être exécutés, il faut qu'ils aient été rendus au préalable exécutoires en France, à moins toutefois qu'un traité n'ait décidé le contraire (articles 2123 alinéa 4 du Code civil, et 546 du Code de procédure civile).

2° Ces jugements entraînent-ils hypothèque ? Oui, sous la même condition (article 2123 alinéa 4).

Il semble donc qu'il n'existe aucun doute sur ce sujet.

Mais la question relative à l'hypothèque se complique de deux questions, que l'article 2123 ne prévoit pas : une question de compétence et une question d'attributions.

1° **Question de compétence.** — Quand les tribunaux français sont-ils compétents pour rendre ainsi exécutoire un jugement étranger ?

La question ne se pose pas sur l'article 2123, mais sur les articles 14 et 15.

D'une manière générale et d'après ces articles, les tribunaux français ne peuvent et ne doivent statuer que sur les procès où un intérêt français se trouve engagé : 1° sur les procès où l'un des plaideurs au moins est de nationalité française, — 2° sur les procès entre étrangers, lorsque la loi à appliquer est la loi française (voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 149).

Mais ces principes généraux sont-ils applicables en ce qui concerne l'instance tendant à rendre exécutoire un jugement étranger ? — Pendant longtemps, la compétence des tribunaux français a paru douteuse. Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire par un arrêt du 10 mars 1863, qui paraît avoir fixé la jurisprudence (D. P. 1863. I. 89). En effet, la jurisprudence opposée eût été bien grave, bien contraire aux idées qui dominent à l'heure actuelle les rapports internationaux ; elle aurait mis les étrangers dans l'impossibilité d'exécuter en France les jugements obtenus contre un étranger à l'étranger, et rendu les immeubles situés en France insaisissables.

Il est vrai que les tribunaux français, d'après l'opinion la plus générale, n'ont compétence pour statuer sur les contestations entre étrangers que s'ils le veulent. Mais cette règle n'est applicable que s'il s'agit d'une instance relative à l'exécution d'une obligation, non quand il s'agit de l'exécution d'un jugement. Les questions d'exécution doivent être jugées d'après la loi française, et ni l'article 546 du Code de procédure, ni l'article 2123 du Code civil ne font de distinction.

2° **Question d'attributions.** — Lorsque les tribunaux français sont compétents, en quoi consiste la mission qui leur est confiée ? En d'autres termes, sous quelles conditions peuvent ils déclarer un jugement étranger exécutoire en France, de manière qu'il y entraîne hypothèque ?

Rien de plus simple en apparence. La formalité exigée paraît être la même qu'à propos des sentences arbitrales.

L'article 2123 alinéa 3 dit : « Les décisions arbitrales n'emportent hypothèque que qu'autant qu'elles sont revêtues de l'ordonnance judiciaire d'exécution. » Et l'alinéa 4 ajoute : « L'hypothèque ne peut *pareillement* résulter de jugements rendus en pays étranger qu'autant qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal français. »

Cependant, en y regardant de plus près, on remarque une différence importante entre les sentences arbitrales et les jugements étrangers, quant aux formalités à remplir pour les rendre exécutoires. Les sentences arbitrales sont rendues exécutoires par ordonnance du président du tribunal (article 1021 C. proc. civ.). Au contraire les jugements étrangers sont rendus exécutoires par jugement émanant du tribunal entier.

Pourquoi cette différence ? A quoi tient-elle ? Quelles conséquences en-

qui alloue des dommages-intérêts à fixer par état emporte
traîne-t-elle ?

Un point est hors de doute. Si le président intervient seul à propos des sentences arbitrales, cela tient à ce qu'il ne s'agit là que d'une formalité à remplir. Il n'y a pas à examiner si la sentence est bien ou mal rendue ; dès qu'il y a eu compromis régulier, on ne peut plus mettre en question ce qui a été jugé par l'arbitre ; sa décision a force de chose jugée, et il y manque seulement la force exécutoire. Donc il n'y a place pour aucune appréciation, et il serait inutile de déranger le tribunal tout entier.

Au contraire, on fait intervenir le tribunal entier quand il s'agit de jugements étrangers. Pourquoi ? Parce qu'il faut, avant de rendre le jugement exécutoire, apprécier les circonstances dans lesquelles il a été rendu, les garanties qu'il offre, ce qui est une œuvre de juridiction véritable. On rendra facilement exécutoire un jugement rendu dans un pays voisin, en Belgique, en Angleterre, pays dont l'organisation politique est connue et repose sur les mêmes bases que la nôtre. Mais qu'on présente un jugement rendu dans un pays lointain, par exemple en Chine ; nous ne savons pas au juste ce qu'est la justice dans ce pays, quelle confiance méritent ses décisions. Il y a place pour une appréciation, et nécessité de faire intervenir les tribunaux.

Il est donc certain que le tribunal français peut se refuser à rendre un jugement exécutoire. Mais à quelles conditions peut-il le rendre exécutoire ? Le peut-il d'emblée et sur l'étiquette ? Le jugement étranger a-t-il force de chose jugée, de telle sorte qu'il y ait seulement à le rendre exécutoire ? Ou faut-il que le tribunal français examine l'affaire au fond, qu'il révisé la décision et se l'approprie ? Dire que le jugement étranger peut être déclaré exécutoire d'emblée, c'est, sauf une question de forme, donner autorité en France à des décisions de l'autorité étrangère. Dire que le tribunal français doit nécessairement réviser l'affaire, n'est-ce pas méconnaître l'article 2123, qui parle d'hypothèques résultant de jugements étrangers ? Si la révision est nécessaire, c'est du jugement français que l'hypothèque va résulter.

On a souvent proposé une distinction, empruntée à l'ordonnance de janvier 1629, dite Code Michau. Aux termes de l'article 121 de cette ordonnance, les jugements étrangers rendus contre des étrangers peuvent être déclarés exécutoires d'emblée par les tribunaux français ; au contraire, les jugements étrangers rendus contre des français n'ont aucune efficacité en France et ne peuvent être déclarés exécutoires par les tribunaux français qu'après révision au fond.

Certains auteurs ont prétendu que cette distinction est restée en vigueur sous l'empire du Code civil : Valette, *Revue de droit français et étranger*, année 1849, p. 597, — et *Mélanges*, I, p. 333 et suiv., — Griollet, *Autorité de la chose jugée*, p. 95 et suiv., — Demangeat, *Condition civile des étrangers*, n° 88, — Aubry et Rau, 4^e édition, VIII, p. 414, texte et note 4. — Cette solution a été admise par une foule d'arrêts : Cass. 27 août 1813, Sir. 1813.1.226, — Angers 4 juillet 1866, D. P. 1866.2.156, Sir. 1866.2.300, — Paris 3 août 1866, Sir. 1867.2.101, — Trib. du Mans 20 mai 1868, sous Angers 23 avril 1869, D. P. 1869.2.218, — et finalement condamnée par arrêt de la chambre civile en date du 10 mars 1863 (D. 1863.1.89).

Que faut-il penser de cette distinction ? Elle est judicieuse et pourrait être adoptée par le législateur. Mais l'a-t-elle été ? Par quelle vertu l'article 121 du Code Michau serait-il encore en vigueur quand l'ordonnance a cessé de l'être ?

La conclusion est que le tribunal saisi a pleine liberté dans l'accomplissement de sa mission. La loi ne lui a pas imposé une manière obligatoire de procéder, parce que la mission qui lui incombe dépend des circonstances. Il doit rechercher dans quelles circonstances a été rendu le jugement étran-

hypothèque judiciaire comme celui qui condamne au paiement d'une somme fixée¹.

Peu importe enfin le caractère du jugement, qu'il soit contradictoire ou par défaut, définitif ou provisoire². Dans la mesure où la décision rendue a autorité de chose jugée, elle emporte hypothèque (article 2123, première phrase). Une inscription peut être prise, sauf à suivre le sort de la décision en cas de réformation ou d'annulation³.

ger, si ce qu'il prescrit est compatible avec nos lois ; il n'a l'autorité de la chose jugée que si le tribunal français la lui confirme. Si le tribunal a des scrupules, qu'il revoie l'affaire.

La jurisprudence est fixée en ce sens. Elle admet que les jugements étrangers n'ont, en France, ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire. Le tribunal français, chargé de donner l'*exequatur*, doit examiner le jugement au fond ; il est investi, à son égard, d'un véritable pouvoir de révision, qui lui permet au besoin de substituer une décision nouvelle au jugement étranger : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX. n° 89 bis IV et suiv., — Ruben de Couder, *Dictionnaire de droit commercial*, v° *Jugement étranger*, n°s 13 et 14, — Boitard, Colmet Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15^e édition, II, n° 801, note 1 ; — cpr. Cass. 11 janvier 1843, Sir. 1843.I.671, — Douai 22 décembre 1863, D. P. 1865.II.114, Sir. 1865.II.60, — Colmar 10 février 1864, Sir. 1864.II.122, — Paris 22 avril 1864, D. P. 1865.II.110, Sir. 1865.II.60, — Pau 6 janvier 1868, Sir. 1868.II.100, — Chambéry 12 février 1869, D. P. 1871.II.118, Sir. 1870.II.9, — Pau 17 janvier 1872, D. P. 1875.II.193, Sir. 1872.II.223, — Cass. 20 août 1872, D. P. 1872.I.342, Sir. 1872.I.327, — Cass. 28 juin 1881, D. P. 1881.I.337, Sir. 1882.I.33, — Cass. 21 août 1882, D. P. 1883.I.258, — Aix 24 mars, 30 juillet et 3 août 1885, Sir. 1887.II.217, — Cass. 9 février 1892, D. P. 1892.I.609, Sir. 1892.I.201.

Ce système se fonde sur ce principe que les jugements sont une émanation du droit de souveraineté, et ne doivent pas avoir d'autorité par eux-mêmes, en dehors du territoire. Il invoque le silence de la loi sur le point de savoir quel est le rôle du tribunal français, ainsi que l'intérêt pratique de nos justiciables.

Beaucoup d'auteurs trouvent ce système un peu barbare. Ils craignent les mesures de rétorsion que le système de la révision provoque, en fait, contre nos jugements. Ils observent — et c'est un point capital — que le système de la révision ne rend pas véritablement exécutoire en France le jugement étranger, comme le dit l'article 2123, mais lui substitue une autre décision qui s'exécute à sa place. Aussi admettent-ils que les jugements rendus par les tribunaux étrangers doivent avoir en France, par eux-mêmes, l'autorité de la chose jugée, mais ne peuvent acquérir la force exécutoire qu'en vertu de l'*exequatur* donné par un tribunal français : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n°s 585 et 586, — de Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire*, p. 115 à 150, — Aix 9 février 1888, D. P. 1889.II.281, Sir. 1891.I.389.

1. Les droits conditionnels, éventuels ou indéterminés sont, comme les droits purs et simples, susceptibles d'être garantis par l'hypothèque judiciaire : Cass. 20 novembre 1895, D. P. 1896.I.163.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 586, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 427, — de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, p. 46 et suiv., — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 74.

3. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 6^e édition, II, n° 1562. — L'hypothèque

616. L'hypothèque est acquise de plein droit par le seul effet du jugement. La partie n'a point à la demander, ni le juge à l'accorder¹. Elle est un effet légal de la sentence.

Elle est inscrite sur le vu de l'expédition du jugement, aussitôt celui-ci rendu. L'inscription n'est pas un acte d'exécution, mais une simple mesure conservatoire².

617. Toutefois, il ne faut pas conclure de ce qui précède que tous les jugements emportent hypothèque. Ce serait aller trop loin.

L'hypothèque, en effet, est un droit accessoire, qui ne peut pas exister sans une créance principale à laquelle elle s'adjoit. Dès lors, emportent seuls hypothèque les jugements qui prononcent des condamnations pécuniaires, ou bien qui déclarent ou reconnaissent à la charge de l'une des parties l'existence d'une obligation appréciable en argent, bref les jugements qui sont ou qui peuvent devenir l'origine d'une obligation. Il faut et il suffit que la créance ait son germe dans le jugement, que l'une des parties, par l'effet du jugement, ait quelque chose à payer, l'autre quelque chose à exiger.

Faisons application de ces principes.

L'hypothèque judiciaire résulte sans aucun doute des jugements qui condamnent au paiement d'une somme d'argent. Il faut mettre sur la même ligne le jugement qui prononce la validité d'une saisie-arrêt, car il vaut ordre au saisi de payer entre les mains du saisissant³, — et aussi le jugement qui constate l'existence d'une obligation de faire, car une pareille obligation se résout, faute d'exécution volontaire, en dommages-intérêts (article 1142). L'hypothèque judiciaire résulte encore du jugement qui ordonne la liquidation d'une

judiciaire résulterait même d'un jugement rendu par un tribunal incompétent, sauf à subir plus tard le sort de cette décision.

Elle résulte également des jugements convenus : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 577, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 428, — de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, p. 38, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 75. — Mais elle ne résulte pas des jugements de donné acte : Thézard, n° 75.

1. Cass. 17 décembre 1894, Sir. 1897.1.329.

2. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 80, p. 417. Par conséquent, lorsqu'elle est prise en vertu d'un jugement de défaut, elle n'empêche pas la péremption de se produire : Nancy 19 février 1890, D. P. 1891.II.283.

3. Cass. 1^{er} août 1881, D. P. 1882.1.416, Sir. 1882.1.337 (note de M. Lacointa), — Rennes 12 janvier 1891, D. P. 1892.II.24. — Même, l'hypothèque judiciaire existe, dans ce cas, et sur les biens du débiteur et sur ceux du tiers saisi.

société par un liquidateur désigné au jugement, — et aussi du jugement qui homologue un partage, consacrant par là les obligations que le partage engendre. Donnent enfin naissance à l'hypothèque : 1° le jugement qui repousse une contestation soulevée par l'adjudicataire d'un immeuble contre un créancier inscrit sur cet immeuble ¹, — 2° le jugement qui admet une créance au passif d'une faillite ², — 3° tous les jugements quelconques, portant condamnation aux dépens.

Sans aucun doute encore, l'hypothèque judiciaire n'existe pas dans les cas suivants. Elle ne résulte ni du jugement qui prononce la nullité ou la dissolution d'une société et en ordonne la liquidation sans nommer le liquidateur ³, — ni du jugement qui, statuant sur une demande en partage de succession, renvoie les parties devant un notaire pour procéder à la liquidation ⁴. Elle ne résulte pas davantage : 1° des jugements qui interviennent sur des questions d'état, — 2° de ceux qui constatent l'existence d'un droit réel au profit du demandeur sans condamner le défendeur à une prestation personnelle, par exemple à une restitution de fruits en cas de revendication. Enfin les jugements préparatoires et interlocutoires n'emportent pas hypothèque judiciaire ; en effet, l'article 2123 ne parle que des jugements provisoires ; d'ailleurs les jugements provisoires sont les seuls jugements d'avant-dire-droit qui puissent contenir une condamnation, les jugements préparatoires et interlocutoires ne faisant qu'ordonner des mesures d'instruction ⁵.

Au contraire, l'existence de l'hypothèque judiciaire est douteuse dans certains cas. Par exemple, le jugement qui condamne un mandataire, un gérant d'affaires ou un comptable à rendre ses comptes entraîne-t-il hypothèque judiciaire sur ses immeubles ? Oui, en ce sens que l'hypothèque garantira le paiement des dommages-intérêts dus par le comptable pour n'avoir pas exécuté l'obligation de faire qui

1. Cass. 24 décembre 1890, D. P. 1892.I.183, Sir. 1892.I.301.

2. Cass. 6 mars 1894, D. P. 1894.I.489, Sir. 1896.I.41.

3. Cass. 8 décembre 1857, D. P. 1858.I.87, — Riom 22 décembre 1886, D. P. 1887.II.230.

4. Cass. 18 avril 1855, D. P. 1855.I.258, Sir. 1855.I.361, — 22 février 1864, D. P. 1864.I.276, Sir. 1864.I.418.

5. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure civile*, 2^e édition, III, p. 530 et 531, texte et note 9.

pesait sur lui. Mais l'hypothèque garantira-t-elle le paiement du reliquat de comptes ? Beaucoup d'auteurs et la jurisprudence l'affirment, faisant observer que l'obligation de payer le reliquat est virtuellement imposée au comptable par la décision qui le condamne à rendre compte, et qui contient une condamnation implicite au paiement du reliquat¹. Mais cette solution paraît contestable, car l'obligation de payer le reliquat résulte non du jugement, mais de la reddition du compte elle-même².

B. *Les actes judiciaires.*

618. Ils constituent la seconde source de l'hypothèque judiciaire.

Par opposition aux jugements, les actes judiciaires sont des décisions par lesquelles le juge constate quelque chose, ou donne acte d'une constatation faite, sans prononcer précisément de condamnation.

Les actes judiciaires sont désignés sous cette dénomination par l'article 2117 alinéa 2, dans la définition de l'hypothèque judiciaire. L'article 2123 les oppose aux jugements sous le nom de « reconnaissances ou vérifications ». L'hypothèque judiciaire, dit le texte, « résulte aussi de reconnaissances ou vérifications, faites en jugement, des signatures apposées à un acte obligatoire sous seing privé ».

Voici l'hypothèse. Elle se dégage aisément si l'on suppose une obligation constatée par acte sous seing privé, seul cas prévu formellement.

La personne à laquelle on oppose un acte sous seing privé est obligée « d'avouer ou de désavouer formellement son écriture ou sa signature » (article 1323). Le porteur du titre doit l'assigner à cet effet, afin d'obtenir acte de la reconnaissance ou de faire tenir l'écrit pour reconnu (article 193 C. proc. civ.).

Si le défendeur ne conteste pas, le titre est considéré comme reconnu ; le tribunal en donne acte au demandeur (article 194) ; il y a reconnaissance d'écriture. Si le défendeur conteste, il intervient une vérification d'écriture et, s'il y a lieu, un jugement déclarant que l'acte émane bien de celui à qui on l'oppose ; il y a vérification d'écriture.

1. Cass. 19 août 1878, D. P. 1879.I.264, Sir. 1879.I.29.

2. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1232.

Dans les deux cas, qu'il y ait reconnaissance ou vérification, le jugement constate la validité du titre sans prononcer de condamnation. Les jugements ainsi rendus sont précisément les actes judiciaires que l'article 2123 signale comme emportant hypothèque.

619. Ce sont là les seuls actes de ce genre qui produisent un tel effet. Les bordereaux de collocation dans une contribution ou un ordre ¹, les procès-verbaux de conciliation en justice de paix ², les actes de soumission d'une caution au greffe ³ n'emportent pas hypothèque judiciaire, bien qu'ils aient le caractère d'actes judiciaires, car ils ne sont pas des actes du pouvoir contentieux ⁴.

620. L'interprète, d'ailleurs, n'est pas tenté de donner au texte une interprétation extensive. En effet, si l'hypothèque résultant des jugements est irrationnelle et parfois injuste, celle qui résulte des actes judiciaires entraîne en outre les effets les plus singuliers.

Prenons quelques espèces.

Je contracte un emprunt: Le prêteur n'exige pas d'hypothèque; peut-être n'aurais-je pas pu ou voulu traiter à ce prix. Le lendemain ce prêteur m'assigne en reconnaissance d'écriture; je reconnais ma signature et voilà mes biens grevés. Etrange combinaison, qui fournit à l'une des parties le moyen de modifier après coup la situation établie par la convention, et d'acquérir une hypothèque quand il avait été entendu qu'il n'en serait point établi.

Autre hypothèse. J'emprunte, et je constitue une hypothèque spéciale sur un de mes immeubles. Le lendemain, le créancier m'assigne; je reconnais ma signature, et mon créancier obtient de la sorte une hypothèque générale, car l'article 2123 alinéa 3 fait de l'hypothèque judiciaire une hypothèque générale. Etrange combinaison encore, qui procure à un créancier le moyen, alors que la convention ne

1. Sic : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 588, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 423. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 77. — La jurisprudence paraît se fixer en sens contraire : Limoges 30 juillet 1889 et Cass. 24 décembre 1890, D. P. 1892.I.183, Sir. 1892.I.301.

2. Même s'ils renferment des aveux ou des reconnaissances d'écriture : de Vareilles-Sommières, *loc. cit.*, p. 60.

3. L'hypothèque judiciaire résulte du jugement qui condamne le débiteur à donner caution, mais elle s'éteint dès que la caution est fournie.

4. Or nous avons déjà dit que l'hypothèque judiciaire est inapplicable en matière de juridiction gracieuse. *Suprà*, p. 106.

lui avait donné qu'une garantie spéciale, probablement suffisante puisqu'il s'en était contenté, de la transformer en une garantie affectant tous les immeubles du débiteur, au risque peut-être d'écraser le crédit de ce dernier.

Tel est le jeu de l'hypothèque résultant des actes judiciaires. Elle présente les inconvénients et les dangers de l'hypothèque judiciaire résultant des jugements ; en outre, elle est un moyen pour le créancier chirographaire d'obtenir une hypothèque générale contre la volonté, du moins contre les prévisions du débiteur.

Faut-il s'étonner des critiques que le système a soulevées ? En quoi donc le créancier qui a poursuivi une reconnaissance ou une vérification d'écriture, souvent de pure forme, mérite-t-il d'être payé par préférence aux autres ? Aucune considération ne peut justifier cette préférence.

621. Dans un cas particulier, le résultat est tellement étrange qu'il a été jugé inadmissible dès les premières années qui ont suivi l'apparition du Code civil. La loi du 3 septembre 1807 a modifié l'article 2123 pour ce cas, dont il nous reste à parler.

Ce cas est celui où la créance est à terme, et où le jugement portant soit reconnaissance, soit vérification intervient avant l'échéance du terme.

Si la créance est exigible, l'article 2123 reste pleinement applicable. Le créancier porteur d'un titre sous seing privé agit en reconnaissance d'écriture ; du jugement à intervenir résultera une hypothèque. Pour échapper à cette conséquence, le débiteur n'a qu'à payer, puisque la créance est exigible.

Si au contraire la créance est à terme, la situation est plus délicate. La dette n'étant pas exigible, le créancier ne peut pas poursuivre le débiteur à l'effet d'obtenir paiement ; mais rien ne s'oppose à ce qu'il le poursuive à l'effet d'obtenir reconnaissance ou vérification d'écriture. L'acte judiciaire entraîne-t-il encore hypothèque ? Oui. D'une part, l'article 2123 ne fait pas de distinction ; d'autre part, la loi de 1807 n'a introduit aucune innovation sur ce point. Mais faut-il aller jusqu'à autoriser le créancier à prendre actuellement inscription ? La question est tout autre, et c'est à cet égard que la loi de 1807 a modifié l'article 2123.

Permettre au créancier d'utiliser immédiatement le juge-

ment serait aller trop directement contre l'intention des parties. Le débiteur s'est engagé en conservant son crédit libre, et voilà que ses immeubles vont être grevés d'une inscription hypothécaire, contrairement à l'intention première. Les conventions doivent être respectées avec plus de rigueur.

De ces considérations est sortie la loi du 3 septembre 1807, dont l'article 1 est ainsi conçu : « Lorsqu'il aura été rendu un jugement sur une demande en reconnaissance d'obligation sous seing privé, formée avant l'échéance ou l'exigibilité de ladite obligation, il ne pourra être prise aucune inscription hypothécaire en vertu de ce jugement qu'à défaut de paiement de l'obligation après son échéance ou son exigibilité, à moins qu'il n'y ait eu stipulation contraire. »

Ainsi, l'acte judiciaire emporte toujours hypothèque. Seulement, aucune inscription ne peut être prise avant l'échéance. Si le débiteur paie à l'échéance, le créancier est privilégié pour ses frais, et le débiteur aura évité l'hypothèque. Cette règle rationnelle atténue la singularité de l'hypothèque judiciaire.

622. Mais alors une question se pose. La loi de 1807 ne revient-elle pas à enlever indirectement au créancier le droit d'agir en reconnaissance avant l'échéance ? A quoi bon agir, en effet, puisqu'aucune inscription ne peut être prise tant que la créance n'est pas exigible ?

Assurément, il y a là une atteinte assez grave aux droits antérieurement reconnus au créancier. Toutefois, ce serait aller trop loin que de prétendre qu'il n'a plus aucun intérêt, depuis 1807, à agir en reconnaissance ou vérification d'écriture avant l'échéance.

Quelquefois, malgré l'innovation résultant de la loi de 1807, il est sage au créancier d'agir, par exemple afin de pouvoir user de moyens de preuve qu'il a pour le moment et qu'il pourrait ne pas retrouver plus tard. En cela, sa condition n'est pas modifiée. Le législateur de 1807 a voulu seulement que le créancier à terme n'use plus du droit d'agir en reconnaissance ou vérification d'écriture à la seule fin de prendre inscription ; mais il lui laisse la latitude la plus complète à tous autres égards.

D'autre part, le jugement produit toujours cet effet que le créancier peut, s'il n'est pas exactement payé, s'inscrire tout de suite à l'échéance, de manière à prendre rang

avant tous les créanciers inscrits plus tard. S'il attendait l'échéance pour agir en vérification ou en paiement, comme une procédure comporte toujours une certaine durée et qu'il ne peut s'inscrire qu'en vertu du jugement, il s'exposerait à voir d'autres créanciers s'inscrire et prendre rang avant lui entre l'échéance et l'obtention du jugement. S'il agit avant l'échéance et qu'il ait son jugement en mains, il pourra s'inscrire avant tous autres créanciers. La loi de 1807 a ainsi concilié les droits du créancier avec l'intérêt légitime du débiteur.

623. La fin du texte cité de 1807 dit : « à moins de stipulation contraire ». Cette réserve est presque sans application. La loi de 1807 a pour but d'assurer l'exécution stricte de la volonté des parties à l'encontre du créancier ; on ne peut guère prévoir qu'une clause spéciale réserve précisément le moyen d'aller contre cette volonté. La prévision est singulière.

L'intelligence toujours fertile des hommes d'affaires a trouvé dans cette disposition finale un moyen d'obtenir par convention une hypothèque générale. Ce résultat ne peut être réalisé directement, à cause de la règle en vertu de laquelle les hypothèques conventionnelles sont soumises au principe de la spécialité (article 2119)¹ ; mais on peut l'obtenir d'une manière indirecte à l'aide d'un acte sous seing privé réservant au créancier le droit de s'inscrire avant l'échéance.

Rien n'est bizarre comme toute cette législation de l'hypothèque judiciaire.

624. A ce propos, on s'est demandé si le créancier porteur d'un titre exécutoire peut agir en justice afin d'obtenir une hypothèque judiciaire, soit pour l'inscrire immédiatement si la dette est exigible (article 2123), soit pour l'inscrire après l'échéance si la dette est à terme (loi de 1807).

Pour le créancier porteur d'un titre sous seing privé, aucun doute ne s'élève. Il peut toujours saisir les tribunaux, soit afin de poursuivre la vérification d'écriture, soit afin d'obtenir un exécutoire. Du jugement résulte alors une hypothèque.

Mais que décider quant au créancier porteur d'un titre exécutoire² ? Il y a des cas où il peut agir ; par exemple, il

1. *Infra*, n^{os} 659 et suiv.

2. La question ne pouvait pas se poser dans l'ancien droit, où tous les actes exécutoires entraînaient hypothèque.

peut assigner le débiteur à l'effet de faire fixer une échéance si l'acte ne la détermine pas. Mais peut-il agir sans prendre aucune conclusion ? N'oublions pas qu'il ne saurait conclure à l'hypothèque, car le jugement ne la constitue pas ; c'est la loi qui l'en fait découler. D'autre part, l'action en justice ne se conçoit pas sans conclusions. Dès lors, il semble que le créancier ne puisse agir que par voie d'exécution, non par voie d'action ; pour pouvoir saisir les tribunaux, il faut avoir quelque chose à leur demander.

Cependant, le contraire a été souvent jugé. Et cela pour deux raisons.

1° En fait, on comprend malaisément qu'un créancier porteur d'un acte exécutoire soit privé d'un droit reconnu au porteur d'un acte sous seing privé. Supposons que le débiteur fasse de mauvaises affaires. Il a deux créanciers, munis l'un d'un titre authentique, l'autre d'un titre sous seing privé. Celui-ci prend un jugement et devient créancier hypothécaire ; quant à l'autre, sa grandeur l'attache au rivage et il ne peut plus rien. Le résultat est bien étrange.

2° En droit, un créancier n'a-t-il pas toujours la faculté de faire condamner son débiteur ? Un jugement antérieur, à cause de l'autorité de la chose jugée, peut seul mettre obstacle à ce que la justice soit saisie. D'ailleurs, le créancier peut dire qu'il a des intérêts à sauvegarder, qu'il a des doutes sur la valeur de son titre et qu'il veut les faire juger. Pourquoi le lui refuserait-on ? Il a un intérêt ; donc il peut agir ¹.

Le raisonnement est plausible. Il n'en est pas moins certain que les rédacteurs de l'article 2123 n'ont pas songé à cela ².

1. *Sic* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 594, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 437, texte et note 30, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 79, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1277 ; — cpr. Colmar 24 juillet 1851, D. P. 1852.II.294, Sir. 1852.II.506, — Nancy 8 mars 1854, D. P. 1855.V.202, Sir. 1854.II.512, — Paris 8 décembre 1854, Sir. 1854.II.782, — 15 mai 1865, Sir. 1865.II.257. — *Secus* : Montpellier 12 juillet 1832, Sir. 1832.2.528. — Lorsque le titre d'où dérive l'obligation contient une constitution d'hypothèque spéciale, on peut soutenir que la convention est la loi des parties et que le créancier ne saurait obtenir un supplément d'hypothèque en dehors des conditions fixées par l'article 2131. Mais n'est-il pas plus surprenant encore de voir un créancier qui n'a point stipulé d'hypothèque du tout en obtenir une sur les biens de son débiteur ?

2. Une question connexe à la précédente est celle de savoir si l'hypothèque judiciaire résulte des exécutoires de dépens. L'article 3 de la loi du 5 août

625. En résumé, l'hypothèque judiciaire, sous quelque aspect qu'on l'envisage, entraîne des conséquences singulières, inadmissibles, parfois choquantes. La loi de 1807 n'est qu'un palliatif pour un cas spécial. Il n'y aurait pour l'hypothèque judiciaire qu'une seule bonne réforme, ce serait de la supprimer. Tel est, en effet, nous l'avons dit, le parti auquel s'est arrêtée la commission qui prépare la réforme du régime hypothécaire.

C. Certaines contraintes administratives.

626. L'hypothèque judiciaire ne résulte pas seulement des jugements et des actes judiciaires. Elle résulte, en outre, de certaines contraintes administratives.

Produisent cet effet les contraintes décernées par certaines autorités administratives pour le recouvrement de sommes dues à l'Etat.

627. L'Etat peut avoir contre des particuliers des créances de diverses sortes : 1° des créances contre les acquéreurs des biens domaniaux, en paiement du prix de vente, — 2° contre les fermiers de ces mêmes biens, en paiement de loyers ou fermages, — 3° contre les comptables de deniers publics, en paiement de leur débet, — 4° contre les entrepreneurs de travaux publics, en règlement de comptes, — 5° contre les condamnés aux amendes et frais de justice, en remboursement, — 6° contre les redevables, pour le montant des impôts¹.

1881 reconnaît aux notaires, dans tous les cas, le droit de se faire délivrer un exécutoire, en vertu duquel ils peuvent poursuivre le paiement de leurs honoraires sans avoir à obtenir un jugement. Cet exécutoire leur est délivré, sur leur demande, par le greffier. L'ordonnance de taxe accompagnée de l'exécutoire n'emporte pas hypothèque judiciaire. L'ordonnance n'est pas un jugement de condamnation, et l'exécutoire n'est pas un des actes judiciaires visés par les articles 2117 et 2123. Le seul acte judiciaire qui lui donne naissance est le jugement de reconnaissance ou de vérification d'écritures ; l'article 2123 corrige, sur ce point, la généralité apparente des termes employés par l'art. 2117.

Voy. en ce sens Testoud, *Revue critique*, 1882, p. 169, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1263 ; — Trib. de Valence 30 juillet 1884, Sir. 85. II. 189, — Trib. de la Châtre 13 mars 1884 et trib. de Langres 14 mai 1884, Sir. 1886. II. 46, — Trib. de Bourges 21 juillet 1887, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 738, — Cass. 3 août 1887, D. P. 1888. I. 239, Sir. 88. I. 225, — Nancy 30 janvier 1892, D. P. 1892. II. 538.

En sens contraire : Trib. de Privas 13 juillet 1887, sous Cass. 3 août 1887, précité, — Trib. de Brives 18 novembre 1886, Sir. 1887. II. 22.

1. Voy. N. Henry Michel, *Etude sur les créances et les dettes de l'Etat*, p. 44.

De quelque créance qu'il s'agisse, l'Etat n'est jamais obligé d'assigner ses débiteurs et de les poursuivre devant les tribunaux pour exercer ses droits. Il peut agir directement par voie de contraintes. Les contraintes ne sont pas des jugements, car il n'y a pas eu de litige engagé ; ce ne sont pas des actes de juridiction, mais plutôt des actes de pur commandement. Cependant, une présomption légale de vérité s'attache à la créance mise en recouvrement, précisément parce que c'est l'Etat qui poursuit, ainsi qu'au chiffre fixé par l'autorité administrative ; et cette présomption ne tombe que devant une opposition régulièrement formée. L'Etat peut procéder *de plano*, par voie d'exécution, en vertu de cet acte administratif qu'on appelle la contrainte et qui est exécutoire contre les débiteurs¹.

Cette prérogative est assurément précieuse pour l'Etat. Elle est en même temps favorable aux débiteurs, auxquels elle évite les frais de poursuite et les dépens auxquels ils seraient condamnés.

628. Or ces contraintes, au moins dans certains cas, sont considérées comme des actes de juridiction, emportant hypothèque judiciaire aux termes de l'article 2123. Cette hypothèque s'ajoute, par l'effet de la contrainte décernée, aux sûretés réelles mobilières et immobilières, privilège ou hypothèques légales, déjà conférées au Trésor dans une multitude de cas.

S'il est utile qu'on accorde à l'Etat des sûretés, le législateur ne lui en donne-t-il pas vraiment trop ? Comprend-on l'hypothèque judiciaire résultant des contraintes, quand il s'agit de créances déjà garanties par un privilège ou une hypothèque ?

Toujours est-il que le droit pour l'Etat de prendre inscription sur les biens de son débiteur, en vertu de la contrainte, a été consacré par un avis du Conseil d'Etat des 16-25 thermidor an XII, confirmé par un autre avis des 29 octobre-12 novembre 1811. Etant donné leurs dates, ces avis ont force de loi². Par conséquent, les contraintes emportent hypothèque.

1. Pour les communes, il est délivré des états qui sont exécutoires (loi du 5 avril 1884, article 154).

2. L'avis de l'an XII décide que les contraintes administratives emportent hypothèque judiciaire ; l'avis de 1811 ordonne l'insertion de l'avis de l'an XII

629. Mais toutes les contraintes emportent-elles hypothèque? Il existe sur ce point de nombreuses controverses.

Il est certain que l'avis de l'an XII est très général ¹. Sans entrer dans des détails qui relèvent du droit administratif plutôt que du droit civil, voici les solutions qui prévalent en jurisprudence.

Pour l'application de l'article 2123, la Cour de Cassation distingue deux sortes de contraintes : les unes sont des actes de juridiction et entraînent par conséquent hypothèque, — les autres ne sont que des actes de commandement et n'ont point par conséquent cet effet.

Voici à quoi l'on reconnaît ces deux espèces de contraintes.

Toutes les contraintes sont exécutoires à moins d'opposition régulièrement formée. En cas d'opposition, il est statué tantôt par l'autorité administrative, tantôt par l'autorité judiciaire. Et là est l'origine de la distinction admise par la Cour de Cassation.

Sont regardées comme des actes de juridiction les contraintes qui « ne peuvent être l'objet d'aucun litige ou « recours devant les tribunaux ordinaires » ; elles ont la valeur de la chose jugée, puisqu'elles ne comportent aucun recours devant les tribunaux.

Sont, au contraire, regardées comme des actes de pur commandement les contraintes dont le débiteur peut appeler devant les tribunaux ordinaires. La possibilité de ce recours prouve qu'elles n'ont pas la valeur de la chose jugée.

La Cour de Cassation conclut de là que les contraintes en matière de contributions indirectes et d'enregistrement n'em-

au *Bulletin des Lois*, afin de lui donner publicité légale et force exécutoire. Voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1245 ; — cpr. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 54 et 55.

1. Aussi, d'après la plupart des auteurs, l'hypothèque judiciaire s'attache à toutes les contraintes administratives, sauf cependant celles décernées par l'administration des contributions directes.

Sic : Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure contentieuse administrative*, 2^e édition, III, n° 1341, — *Revue critique*, 1856, p. 554, — Valette, *Revue de droit français et étranger*, année 1847, p. 832, et *Mélanges*, I, p. 317 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n°s 581 et 582, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 425, texte et note 15, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 72, — de Vareilles-Sommières, *L'hypothèque judiciaire*, p. 104, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1246.

portent pas hypothèque ¹. En effet, sur l'opposition du redevable ce sont les tribunaux civils qui sont appelés à statuer ; donc, l'acte administratif n'est pas une décision ayant force de chose jugée, et l'article 2123 ne peut pas s'appliquer ².

Hors de là, toutes les contraintes administratives emportent hypothèque. L'avis des 16-25 thermidor an XII reçoit pleine application.

La pratique l'applique, sans hésiter, même aux contraintes décernées par l'administration des contributions directes. Cette manière de voir est assurément contestable. En effet, les contraintes dont il s'agit ne sont pas dirigées contre les redevables ; elles portent seulement injonction aux agents chargés de la poursuite. Dès lors, la contrainte ne joue pas le rôle de titre exécutoire contre le redevable ; les poursuites sont exercées par les agents en vertu du rôle régulièrement publié. Par conséquent il ne semble pas que la contrainte puisse donner naissance à l'hypothèque judiciaire ³.

III. — Les hypothèques conventionnelles.

630. Elles font l'objet de la section III du chapitre III (articles 2124 et suivants).

L'hypothèque conventionnelle, comme l'indique la qualification qu'elle porte, est celle qui est établie par contrat : « L'hypothèque conventionnelle, dit l'article 2117, est celle « qui dépend des conventions et de la forme extérieure des « actes et contrats. » Ce contrat s'appelle indistinctement contrat de constitution d'hypothèque, ou plus simplement contrat hypothécaire.

1. Voy. Cass. 28 janvier 1828, Sir. 1828. I. 128, — Paris 16 décembre 1879, Sir. 1880. II. 141, — Cass. 9 novembre 1880, D. P. 1881. I. 249, Sir. 1881. I. 304 ; — cpr, Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 447.

Secus : Lyon 7 août 1829, Sir. 1829. II. 339, — les conclusions de M. l'avocat général Chévrier sous l'arrêt de Paris du 16 décembre 1879, D. P. 1881. I. 249, — et les auteurs cités à la note précédente.

2. Exception doit être faite cependant pour les contraintes en matière de douanes, bien que les droits de douane soient des impôts indirects. En effet l'avis du conseil d'État des 29 octobre-12 novembre 1811 reconnaît expressément à l'administration des douanes le droit de prendre inscription hypothécaire en vertu des contraintes qu'elle délivre. Mais il y a doute sur le point de savoir si cette hypothèque est une hypothèque légale créée par la loi des 6-22 août 1791, ou une hypothèque judiciaire. — Voy. en ce dernier sens Cass. 14 novembre 1893, D. P. 1894. I. 370, Sir. 1894. I. 397.

3. Voy. en ce sens les auteurs cités à la p. 120, note 1.

L'hypothèque conventionnelle est le procédé de crédit mis à la disposition des propriétaires d'immeubles ¹.

631. Cette constitution conventionnelle d'hypothèque peut intervenir de deux façons.

1° Le plus souvent elle intervient entre le créancier et le débiteur. Tantôt le débiteur y recourt afin de favoriser un de ses créanciers au détriment des autres, ce qui peut prêter à des abus. Tantôt il y recourt comme moyen de crédit, pour contracter un emprunt, s'obliger d'une manière quelconque, ou pour obtenir délai d'un créancier dont la créance est exigible ; c'est la manière normale d'utiliser l'hypothèque conventionnelle.

Dans quelle mesure est-il ainsi permis à un débiteur d'établir des inégalités entre ses créanciers, d'assurer à l'un la prééminence sur les autres, au moyen d'un droit de préférence conventionnel ² ?

De tout temps on a admis cette pratique comme utile. Si

1. Sur le point de savoir quels sont les immeubles qui peuvent être hypothéqués, voy. *suprà*, tome I, p. 268 et suiv.

Il faut ajouter, d'ailleurs, que l'hypothèque conventionnelle peut être établie non seulement sur les immeubles, mais encore sur les navires (lois du 10 décembre 1874 et du 10 juillet 1885). Voy. *suprà*, tome I, p. 143 et 266 à 267. Deux observations importantes doivent être présentées à cet égard.

1° Les immeubles sont susceptibles d'hypothèque quelle que soit leur contenance ou leur valeur. Au contraire, les navires ne sont susceptibles d'hypothèque que s'ils jaugeent au moins vingt tonneaux (loi de 1885, article 36).

On devine aisément le motif de cette règle. Quand un navire n'atteint pas un certain tonnage, sa construction et son armement n'exigent pas des capitaux assez importants pour qu'il soit nécessaire de faire appel au crédit. D'autre part, un navire qui n'atteint pas le tonnage indiqué a trop peu de valeur pour qu'une hypothèque établie sur lui soit une garantie sérieuse.

2° Les immeubles sont susceptibles non seulement d'hypothèque conventionnelle, mais d'hypothèque légale et judiciaire. Au contraire, les navires ne sont susceptibles que d'hypothèque conventionnelle ; ni les hypothèques légales, ni les hypothèques judiciaires ne grèvent les navires.

Cette différence s'explique de la façon suivante. Le but de la loi, en admettant l'hypothèque maritime, n'a pas été d'augmenter la sûreté des créanciers, mais de créer une nouvelle source de crédit au profit des propriétaires de navires ; il faut, a-t-on dit, qu'ils puissent emprunter sur les navires parce que les capitaux manquent au commerce maritime. Or, pour atteindre ce but, l'hypothèque conventionnelle suffit. Bien plus, le crédit du propriétaire se serait trouvé entamé si la loi avait affecté légalement ou judiciairement son navire à ses autres créanciers.

Sur ces deux observations et plus généralement sur l'hypothèque maritime voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VI, n^o 1608 et suiv., p. 537 et suiv. — Cpr. la notice et les notes de M. Challamel sur la loi du 10 juillet 1885, dans l'*Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, année 1886, p. 84 et suiv.

2. Cpr. *suprà*, tome I, p. 29, note 1.

le débiteur est solvable, l'usage de l'hypothèque conventionnelle n'est nuisible à personne.

Si la situation du débiteur est compromise, un emprunt fait à propos, un délai obtenu d'un créancier qui va poursuivre pourront aider le débiteur à sortir de la crise et à sauver la situation. En empruntant ou en obtenant un délai, il se procurera des ressources qui lui permettront de revenir à meilleure fortune ; mais cela n'est possible qu'avec du crédit et le débiteur ne trouvera crédit qu'à la condition d'offrir une sûreté au prêteur ou au créancier qui accorde délai.

Toutefois, il n'est pas douteux que l'usage de l'hypothèque conventionnelle peut donner lieu à des abus. Il en est ainsi notamment aux approches de la faillite et de la déconfiture. Dans l'hypothèse de la faillite, les articles 446 à 448 du Code de commerce édictent des précautions spéciales contre les abus possibles ¹. Quant au cas de déconfiture ², les abus résultant de la constitution d'hypothèques conventionnelles n'y peuvent être conjurés que par l'action paulienne de l'article 1167, dans la mesure restreinte où cet article est applicable ³.

2° D'autres fois, l'hypothèque conventionnelle est constituée par une personne autre que le débiteur. Cette personne est ce qu'on appelle communément une caution réelle ⁴. Elle garantit la dette d'autrui, non pas en s'obligeant personnellement comme caution, mais en hypothéquant un de ses immeubles. Le créancier a le droit d'exercer des poursuites personnelles contre son débiteur et des poursuites hypothécaires contre la caution réelle.

Cette situation n'a rien d'insolite.

Elle se produit souvent à la suite d'une constitution d'hypothèque faite par le débiteur lui-même, lorsque celui-ci vient à aliéner l'immeuble. Le créancier jouit alors d'un double droit. Il conserve l'action personnelle contre le débiteur obligé ; c'est l'exercice de l'action inhérente à sa créance.

1. Voy. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 879 et suiv.

2. Sur la déconfiture, ou insolvabilité des non-commerçants, voy. Thaller, *Des faillites en droit comparé*. — André Dupin, *De la faillite civile*, thèse de doctorat soutenue à la Faculté de droit de Grenoble en 1900. — Cpr. *suprà*, tome I, p. 41, note 3.

3. Voy. le commentaire de cet article dans le volume du *Cours de droit civil français* consacré à la matière des obligations et des contrats.

4. Cpr. *suprà*, tome I, p. 13 et 118.

Puis il a l'action hypothécaire contre le tiers acquéreur ; c'est l'exercice du droit de suite. L'hypothèse est prévue par l'article 2169.

Rien ne s'oppose à ce que cette situation se produise dès l'origine, et à ce qu'un propriétaire hypothèque directement son immeuble pour la dette d'autrui. L'article 2077 dit expressément que « le gage peut être donné par un tiers pour « le débiteur » ; il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas de même en matière d'hypothèque.

Il ne faut pas cependant assimiler de tous points la situation de la caution réelle à celle du véritable tiers détenteur, c'est-à-dire du tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué par le débiteur. Il existe entre eux certaines différences, de notament, qui ne sont pas consacrées d'une manière formelle, mais qui n'en sont pas moins admises communément. Nous les rencontrerons plus tard en traitant du droit de suite¹.

Ainsi, l'hypothèque conventionnelle se présente sous deux aspects. Dans les deux cas, elle est établie par contrat.

632. Les articles 2124 à 2133 régissent le contrat hypothécaire au point de vue de l'application pratique. La plupart de ces dix articles sont d'ordre purement réglementaire. Ils déterminent : 1° la capacité requise de la part du propriétaire qui constitue hypothèque sur son immeuble, que ce propriétaire soit le débiteur dont l'hypothèque garantit la dette ou un tiers constituant hypothèque par la dette d'autrui, — 2° les formes du contrat de constitution d'hypothèque.

Nous n'allons pas relever ici toutes les règles posées par

1. Voici dès maintenant l'indication sommaire de ces deux différences.

D'abord, on peut soutenir que la caution réelle jouit du bénéfice de subrogation institué par l'article 2037 (*suprà*, tome I, p. 91, note 6), tandis que ce bénéfice n'appartient pas au tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué. Quand le propriétaire d'un immeuble l'hypothèque pour garantir la dette d'autrui, c'est le propriétaire de l'immeuble qui cautionne la dette par l'intermédiaire de son immeuble, et de là vient l'usage de donner à ce propriétaire le nom de caution réelle. Pourquoi n'aurait-il pas le bénéfice reconnu à la caution ?

En outre, il est admis presque sans conteste que la caution réelle, bien qu'elle ne soit tenue que *propter rem*, hypothécairement, ne peut pas procéder à la purge, tandis que le véritable tiers détenteur a ce droit (article 2181). En effet, la caution réelle, en purgeant, porterait directement atteinte au droit qu'elle vient de conférer, et qu'elle doit garantir puisque c'est d'elle qu'il émane ; elle irait directement contre la convention dans laquelle elle a été partie et qu'elle doit respecter.

ces articles. Certaines ont été signalées précédemment¹; d'autres le seront un peu plus tard.

I. *Capacité requise pour constituer une hypothèque conventionnelle.*

633. A ce sujet se rapportent les articles 2124 à 2126 et quelques autres qu'il faut rapprocher de ceux-là. Ils ne contiennent, d'ailleurs, rien de spécial, et ne font qu'appliquer les principes du droit commun à un cas particulier.

Le texte fondamental est l'article 2124 : « Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles. »

Il veut dire deux choses. Il signifie d'abord qu'on ne peut pas hypothéquer un immeuble sans en être propriétaire ; et il n'y a pas lieu de distinguer à cet égard suivant qu'il s'agit du débiteur lui-même ou d'un tiers non obligé personnellement. En second lieu, l'article 2124 signifie que le propriétaire d'un immeuble ne peut l'hypothéquer que s'il possède la capacité de l'aliéner.

Reprenons ces deux conditions.

PREMIÈRE CONDITION

634. Pour pouvoir consentir hypothèque sur un immeuble, il faut en être propriétaire.

La règle se justifie d'elle-même ; car hypothéquer c'est faire acte de disposition, c'est aliéner. Elle s'applique non seulement quand l'hypothèque est établie sur l'immeuble lui-même, sur la propriété de l'immeuble, mais encore quand elle est établie sur l'usufruit ; le titulaire de ce droit peut seul le grever conventionnellement d'hypothèque².

1. *Suprà*, tome I, p. 292 et suiv.

2. Rien ne s'oppose, bien entendu, à ce que le copropriétaire d'un immeuble consente hypothèque sur sa part indivise de cet immeuble ; en cas de vente de l'immeuble, le créancier exerce son droit sur la portion du prix revenant à son débiteur. Seulement l'hypothèque ainsi constituée s'évanouit quand l'immeuble hypothéqué tombe, par l'effet du partage, au lot d'un copropriétaire autre que le constituant (article 883).

Ces principes sont évidents et ne mériteraient pas d'être relevés s'il ne fallait ajouter qu'ils reçoivent exception en matière d'hypothèque maritime.

a Le copropriétaire d'un navire ne peut hypothéquer sa part indivise qu'avec le concours de la majorité des ayants droit (loi du 10 juillet 1885, article 3). La loi du 10 décembre 1874 n'apportait, à cet égard, aucune dérogation au droit commun ; elle permettait à tout copropriétaire d'un navire

Cette règle, d'ailleurs, n'est pas spéciale à l'hypothèque conventionnelle, bien que l'article 2124 ne l'énonce qu'à propos de cette hypothèque. D'une façon générale, pour qu'une sûreté réelle puisse frapper un meuble ou un immeuble, il faut que la chose grevée appartienne à la personne qui la donne en nantissement ou qui l'affecte par hypothèque conventionnelle, — ou bien à la personne du chef de laquelle la loi l'affecte par privilège ou par hypothèque soit légale, soit judiciaire.

Aussi avons-nous signalé précédemment cette règle dans l'exposé général des *Conditions nécessaires pour qu'un bien, meuble ou immeuble, puisse être affecté par privilège ou par hypothèque* ¹.

Si nous y revenons ici, c'est pour ajouter que la règle comporte une exception en ce qui concerne l'hypothèque conventionnelle. Cette exception résulte des articles 1507 et 1508. L'ameublement indéterminé ne fait pas tomber en communauté les immeubles qui en sont l'objet: «... le mari ne peut... aliéner en tout ou partie, sans le consentement de sa femme, les immeubles sur lesquels est établi l'ameublement indéterminé, mais il peut les hypothéquer jusqu'à concurrence de cet ameublement. »

Sous cette réserve, la règle est absolue. Nul ne peut hypothéquer un immeuble s'il n'en est propriétaire.

635. Ajoutons seulement deux observations.

Première observation. — La règle qui vient d'être énoncée doit être combinée avec les principes posés par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription. L'acheteur d'un immeuble ne possède un droit opposable aux tiers qu'après avoir transcrit son titre; jusqu'à la transcription, le vendeur a bien cessé d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur, mais il garde cette qualité à l'égard des tiers. Par conséquent, les hypothèques par lui consenties sont efficaces malgré la vente, à

de constituer une hypothèque sur sa part indivise sans le consentement des autres copropriétaires. Mais cette règle présentait un inconvénient; les hypothèques constituées par les divers copropriétaires rendaient difficile ou même impossible la constitution ultérieure d'hypothèques sur le navire entier dans l'intérêt commun. De là l'innovation introduite en 1885.

b) L'hypothèque constituée par un des copropriétaires moyennant le concours de la majorité des autres continue de subsister après le partage, par dérogation à l'article 883 (loi de 1885, article 17 alinéa 3). D'après l'article 18 de la loi de 1874, la règle du partage déclaratif était applicable.

1. *Suprà*, tome I, p. 268 et suiv., spécialement p. 292 et suiv.

la condition qu'elles soient inscrites avant la transcription de la vente.

Seconde observation. — Il importe peu que la personne qui constitue hypothèque sur un immeuble soit propriétaire incommutable de cet immeuble, ou ne soit propriétaire que sous condition. Dans ce dernier cas, l'hypothèque est soumise aux mêmes éventualités que la propriété elle-même ; si la propriété se constitue définitivement l'hypothèque a toute sa valeur, au lieu qu'elle s'évanouit si la propriété disparaît. La règle est posée par l'article 2125 ; la loi en fait application dans les articles 865, 929, 952, 954, 963 et 1673¹.

636. Si une hypothèque avait été constituée *a non domino*, elle serait entachée de nullité absolue. Par conséquent, toute personne intéressée serait admise à se prévaloir de la nullité. D'autre part, la constitution d'hypothèque ne saurait être validée ni par l'acquisition que le constituant ferait ultérieurement de l'immeuble, ni par la circonstance que le propriétaire de l'immeuble viendrait à succéder au constituant. Ces événements rendent possible pour l'avenir une constitution d'hypothèque ; ils ne valident pas la constitution antérieure, qui est entachée d'un vice réel et substantiel².

1. Cpr. *suprà*, tome I, p. 294, texte et note 1. — A la différence de l'hypothèque conventionnelle, qui est toujours résolue par la résolution du droit du constituant sur l'immeuble, l'hypothèque légale de la femme mariée subsiste parfois sur un immeuble bien que le droit du propriétaire du chef duquel l'immeuble avait été affecté par l'hypothèque soit résolu. Il en est ainsi dans deux cas.

D'abord en cas de retour conventionnel. « L'effet du droit de retour, dit l'article 952, sera de résoudre toutes les aliénations des biens donnés, et de faire revenir ces biens au donateur francs et quittes de toutes charges » et hypothèques, *sauf néanmoins l'hypothèque de la dot et des conventions matrimoniales*, si les autres biens de l'époux donataire ne suffisent pas, et « dans le cas seulement où la donation lui aura été faite par le même contrat de mariage duquel résultent ces droits et hypothèques. » La loi présume que le donateur entend faire profiter de la donation la femme du donataire et affecter les biens donnés à la sûreté de sa dot.

Une règle analogue est admise en matière de substitution. En principe, le droit du grevé est résolu quand la substitution s'ouvre. Or l'article 1054 dit : « Les femmes des grevés ne pourront avoir, sur les biens à rendre, de recours subsidiaire, en cas d'insuffisance des biens libres, que pour le capital des deniers dotaux, et dans le cas seulement où le testateur l'aurait expressément ordonné. »

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 440, texte et note 4. — Cpr. *suprà*, tome I, p. 293, note 1.

SECONDE CONDITION

637. Il faut être capable d'aliéner l'immeuble. Plus exactement, il faut être capable de disposer du droit immobilier qu'on affecte par hypothèque : propriété ou usufruit de l'immeuble.

Cette seconde condition est aussi facile à justifier que la précédente. L'hypothèque renferme le droit de vendre ; en effet, le créancier peut faire exproprier l'immeuble sans jugement ; par conséquent, hypothéquer c'est aliéner, au moins éventuellement. Il est donc naturel que celui-là seul puisse hypothéquer qui peut aliéner.

638. Cette capacité d'aliéner l'immeuble ne se confond pas avec la capacité de contracter des obligations. Par exemple, le mineur émancipé peut s'obliger dans la mesure déterminée par l'article 481, mais l'article 484 lui interdit les actes de disposition ; de même la femme séparée de biens a la libre administration de sa fortune et même la disposition de son mobilier (articles 1449 alinéas 1 et 2, et 1536), mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari ou de justice (articles 1449 alinéa 3, et 1538). Les personnes qui ont seulement la capacité de s'obliger, sans avoir celle d'aliéner leurs immeubles, ne peuvent pas grever ceux-ci d'hypothèques conventionnelles.

En effet il existe une différence profonde entre le fait de s'obliger et le fait d'hypothéquer un immeuble. L'obligation emporte, il est vrai, dans une certaine mesure, l'aliénation indirecte par voie de saisie ; mais cette aliénation est longue, entourée de formalités ; tant qu'elle n'est pas opérée, le propriétaire conserve le droit de disposer. Au contraire, l'immeuble hypothéqué ne peut plus être vendu qu'avec cette charge ; il sera vendu, dès lors, moins avantageusement. Il est plus grave de consentir une affectation spéciale que de grever son patrimoine du droit de gage général de l'article 2093.

639. Notre seconde condition se justifie donc d'elle-même. Cependant la règle posée comporte deux exceptions.

La première est prévue par l'article 6 du Code de commerce. Les mineurs autorisés à faire le commerce ne peuvent aliéner leurs immeubles qu'en se conformant aux prescriptions des articles 457 et suivants, relatifs aux ventes de biens

de mineurs. Au contraire, ils ont le droit d'hypothéquer leurs immeubles.

La seconde résulte de l'article 686 du Code de procédure. Aux termes de cet article, « la partie saisie ne peut, à compter du jour de la transcription de la saisie, aliéner les immeubles saisis, à peine de nullité, et sans qu'il soit besoin de la faire prononcer ». Or il est admis sans conteste que le saisi, quoique ne pouvant pas aliéner, peut hypothéquer.

La question était discutée sous l'empire du Code de procédure de 1807 et déjà résolue en ce sens par la grande majorité des auteurs. Elle ne peut plus l'être depuis un incident qui s'est produit au cours des travaux préparatoires de la loi du 2 juin 1841, laquelle a refondu les articles 673 à 748 du Code de procédure. Une proposition tendant à enlever au saisi le droit d'hypothéquer a été formellement rejetée¹.

Pourquoi, en effet, lui enlever le droit d'hypothéquer ? La prohibition d'aliéner se comprend ; l'aliénation aurait anéanti le gage des créanciers chirographaires saisissants et obligé les créanciers hypothécaires à recommencer les poursuites contre le nouveau propriétaire, ce qui eût entraîné des frais et des pertes de temps. Mais l'hypothèque nouvelle n'a aucune influence sur la poursuite commencée ; elle ne nuit pas à l'adjudicataire, puisque l'adjudication purge les hypothèques ; elle ne nuit pas aux créanciers hypothécaires inscrits, puisqu'elle ne confère qu'un rang ultérieur. Les seuls intéressés sont les créanciers chirographaires ; mais ils sont sans droit. Si l'immeuble a été saisi par un créancier hypothécaire, ils sont étrangers à la saisie et ne peuvent s'en prévaloir. Si la saisie a été faite par un créancier chirographaire, il est conforme à sa situation de chirographaire d'avoir toujours à craindre, jusqu'à ce qu'il soit payé, la constitution de nouvelles hypothèques. Pourquoi la saisie changerait-elle sa position ?

640. En dehors de ces deux exceptions, l'article 2124 est applicable. Nul ne peut consentir hypothèque sur un immeuble s'il n'a la capacité d'aliéner cet immeuble.

En conséquence, les biens des femmes mariées, des mineurs, des interdits, des absents ne peuvent être hypothéqués

1. Voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1340, p. 401, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 457 et 458, texte et note 37.

qu'après l'accomplissement des formalités qui seraient nécessaires pour leur aliénation ; ils « ne peuvent être hypothéqués, dit l'article 2126, que pour les causes et dans les « formes établies par la loi... »

La femme mariée ne peut hypothéquer ses immeubles qu'avec l'autorisation du mari ou de justice (article 217). Ceux du mineur et de l'interdit ne peuvent être hypothéqués qu'avec l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (articles 457, 458, 484)¹. Les personnes pourvues d'un conseil judiciaire ne peuvent pas, sans son assistance, grever leurs biens d'hypothèque (article 513)².

Quant aux immeubles des absents, il y a lieu de distinguer. Les envoyés en possession définitive ont certainement le droit de les hypothéquer. Les envoyés en possession provisoire ne peuvent le faire qu'en vertu d'un jugement, conformément à l'article 2126 *in fine*. L'article 128 leur refuse, il est vrai, le droit d'hypothéquer³ ; mais l'article 2126 *in fine* est généralement considéré comme tempérant la rigueur de l'article 128⁴. Cette manière de voir est satisfaisante au point de vue pratique, car il peut être avantageux et même nécessaire à l'administration des biens de contracter un emprunt et par conséquent d'hypothéquer. L'intervention de justice garantit que l'envoyé en possession provisoire n'abusera pas de cette faculté.

641. Toutes ces règles — il faut l'observer avec soin — sont applicables d'une manière exclusive à l'hypothèque conventionnelle. Les hypothèques légales et judiciaires atteignent les biens des incapables. En effet, la volonté des propriétaires de biens grevés ne joue aucun rôle en ce qui concerne l'établissement de ces hypothèques ; c'est la loi qui les établit, et l'incapacité des intéressés n'empêche pas l'application de la loi.

642. L'hypothèque conventionnelle constituée par un incapable est nulle ; mais la nullité n'a pas le même caractère que dans le cas d'une hypothèque conventionnelle constituée *a non domino*. Dans ce dernier cas, nous l'avons vu⁵,

1. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 506.

2. *Ibid.*, p. 613.

3. *Ibid.*, tome I, p. 279.

4. Laurent, *Principes*, II, n° 181, — Demolombe, *Traité de l'absence*, n° 411.

5. *Suprà*, n° 636.

l'hypothèque est entachée d'une nullité absolue, d'où il résulte, en particulier, que la nullité peut être invoquée par tout intéressé et ne peut pas être couverte par une confirmation. Au contraire, la constitution d'hypothèque consentie par un incapable est seulement annulable. Il en résulte que l'incapable seul peut se prévaloir de la nullité, et que cette nullité peut être couverte par une confirmation ; la confirmation survenant après la cessation de l'incapacité valide rétroactivement l'hypothèque au regard des créanciers hypothécaires qui auraient acquis leur droit dans l'intervalle.

Cette solution paraît certaine, malgré la disposition finale de l'article 1338 : « La... ratification... emporte la renon-
« ciation aux moyens et exceptions que l'on pouvait oppo-
« ser contre cet acte, sans préjudice néanmoins du droit des
« tiers. » Les derniers mots signifient : « sans préjudice des
« droits tels que les tiers les avaient acquis. »

Or les tiers ont acquis leurs droits alors que l'immeuble était déjà grevé ; ils ont connu par l'inscription l'existence de l'hypothèque antérieure ; ils n'ont pas à se plaindre. En rétroagissant, la confirmation n'aggrave pas leur situation. Connaissant l'existence de l'hypothèque, ils devaient savoir qu'elle pouvait être ratifiée, et qu'il ne dépendait pas d'eux de l'attaquer.

La question, d'ailleurs, est controversée¹.

643. N'insistons pas davantage. Toutes ces règles sont simples et ne sont que l'application du droit commun à une matière particulière.

II. *Formes du contrat de constitution d'hypothèque.*

644. A ce sujet se rapportent les articles 2127 et 2128, dont les dispositions se résument dans les trois idées suivantes.

PREMIÈRE IDÉE

645. Le contrat hypothécaire est un contrat solennel. Il ne peut être passé que par acte notarié (article 2127).

Peut-être est-ce à raison de cette exigence que l'article 2117, définissant l'hypothèque conventionnelle, dit qu'elle dépend de la convention « et de la forme extérieure des actes et contrats ». S'il en est ainsi, il aurait mieux valu dire :

1. Voy. Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, article 1338, nos 327 et suiv

« de la convention revêtue de certaines formes ». Plus simplement encore, on aurait dû dire : « de la convention » ; car la convention seule est essentielle au point de vue du caractère constitutif, par suite au point de vue de la définition.

En réalité, si l'article 2117 s'exprime comme nous venons de le voir, s'il fait dépendre l'hypothèque conventionnelle « de la forme extérieure des actes et contrats », c'est sous l'influence des idées traditionnelles de l'ancien droit, encore vivantes en 1804. Les actes exécutoires, dès lors les actes notariés, emportaient hypothèque indépendamment de toute déclaration de volonté à cet égard ; l'hypothèque dépendait vraiment « de la forme extérieure des actes et contrats ».

Il n'en est plus du tout ainsi de nos jours. Aussi l'article 2117 alinéa 3 dit-il que l'hypothèque conventionnelle « dépend des conventions ». Mais il ajoute : « et de la forme « extérieure des actes et contrats », ce qui est inutile et inexact.

Au fond, il n'y a aucune équivoque.

Peu importe que la créance garantie soit née d'un contrat, d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit ou de la loi ; s'il s'agit d'une créance contractuelle, peu importe que la convention ait été conclue verbalement ou par écrit, et, si elle a été constatée par un acte, que cet acte soit authentique ou sous seing privé. Dans tous les cas, l'acte constitutif de l'hypothèque doit être notarié. Le plus souvent, le même acte constatera l'obligation et la constitution d'hypothèque, notamment s'il s'agit d'un emprunt. Mais la dette peut avoir été antérieurement contractée sous une forme ou sous une autre ; l'acte de constitution d'hypothèque devra toujours être authentique¹.

646. Au premier abord, on ne saisit pas bien la raison d'être de la règle formulée par l'article 2127. Il est permis d'aliéner un immeuble verbalement, *a fortiori* par acte sous seing privé ; pourquoi l'hypothèque ne peut-elle être établie que par acte authentique ?

Beaucoup ne voient dans cette règle qu'un souvenir de l'ancien droit, qui confondait le titre exécutoire et l'hypothèque.

1. On s'accorde à décider que l'hypothèque conventionnelle peut être établie par un acte sous seing privé, à la condition que cet acte soit reconnu en la forme authentique, ou régulièrement déposé chez un notaire par le débiteur. Il en est autrement si le dépôt est effectué par le créancier.

que. Cette tradition se serait perpétuée sans raison appréciable.

Au point de vue pratique, cependant, l'exigence de l'article 2127 s'explique par deux considérations.

1° Une sûreté réelle n'est bien organisée qu'à la condition d'être efficace. Or l'article 2127, en exigeant l'acte authentique, assure au créancier le droit de faire vendre l'immeuble hypothéqué sans avoir besoin de recourir à la justice. En effet, pour saisir, il faut, aux termes de l'article 673 du Code de procédure, avoir un titre exécutoire ; si le créancier n'avait qu'un titre sous seing privé, il serait obligé de recourir à la justice, ce qui demanderait du temps et coûterait des frais ; la nécessité d'un acte authentique, en simplifiant les formalités d'exécution, est donc favorable au crédit.

2° Tout ce qui contribue à supprimer les risques afférents à la valeur de la garantie augmente la sécurité du créancier et sert les intérêts du crédit. Or l'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'à la condition d'être établie par le vrai propriétaire, par un propriétaire capable, et d'avoir été régulièrement inscrite. De là bien des vérifications à faire, bien des précautions à prendre. On ne peut nier l'avantage qu'il y a pour le créancier à ce que la loi lui impose l'intervention d'un fonctionnaire compétent et surtout responsable¹. Malgré l'exigence de l'article 2127, il arrive à chaque instant

1. Le notaire qui rédige un contrat hypothécaire n'a pas seulement pour mission de donner l'authenticité à l'acte. Il doit encore éclairer les parties sur les conséquences de leurs engagements, examiner avec soin les titres de propriété et s'assurer de l'état des immeubles. Ces précautions lui sont imposées par les tribunaux avec d'autant plus de rigueur que ses clients sont moins expérimentés et moins capables de surveiller leurs intérêts : Rennes 21 février 1893, D. P. 1894.II.442, Sir. 1895.II.103, — Agen 1^{er} mars 1893, D. P. 1895.II.369, — Cass. 11 juillet 1893, D. P. 1894.I.250, Sir. 1894.I.226.

La responsabilité du notaire peut se trouver engagée d'une manière plus étroite. Quand il s'interpose entre son client et un tiers pour procurer à l'un d'eux le bénéfice d'un placement hypothécaire, il se constitue *negotiorum gestor* et devient responsable de l'insuffisance du gage, pourvu toutefois qu'il ne se soit pas borné à rédiger l'acte de prêt, mais qu'il en ait été l'instigateur : Cass. 2 mai 1892, D. P. 1893.I.316, Sir. 1892.I.304, — Orléans 22 juillet 1892, Sir. 1895.II.102, — Cass. 17 octobre 1893, Sir. 1894.I.32, — Douai 11 mars 1895, Sir. 1895.II.200. — Il en est surtout ainsi quand le notaire a seul négocié l'acte, sans que le prêteur et l'emprunteur se soient jamais vus : Orléans 22 juillet 1892, précité — 9 décembre 1892, D. P. 1894.II.452, — Douai 11 mars 1895, précité, — Grenoble 2 avril 1895, D. P. 1896.II.66, Sir. 1896.II.197, — Angers 18 mars 1896, Sir. 1897.II.158.

des mécomptes en cette matière. Que serait-ce si le notaire n'intervenait pas ?

Donc, si l'article 2127 est une disposition arbitraire, il s'explique au point de vue pratique.

647. La règle toutefois comporte deux exceptions.

1° La plus apparente concerne l'hypothèque maritime. Elle a été introduite par la loi du 10 décembre 1874 (article 2) et maintenue par la loi du 10 juillet 1885 (article 2). L'hypothèque sur les navires doit être constatée par écrit, mais l'écrit peut être sous seing privé. La pratique commerciale ne s'accommode pas des lenteurs et des frais qu'entraîne l'intervention des notaires.

2° Deux lois anciennes, toujours en vigueur, celles des 28 octobre-5 novembre 1790 (article 14) et du 4 mars 1793 (article 3), décident que les actes des autorités administratives, relatifs à la gestion des biens domaniaux et aux marchés conclus au nom de l'Etat, peuvent contenir des constitutions d'hypothèques pour sûreté des engagements contractés envers l'Etat. Ces deux textes sont des applications du principe de l'ancien droit en vertu duquel l'hypothèque résultait de la forme des actes. Sans doute ce principe a été écarté par le législateur de 1804, et l'article 2117 a édicté de nouvelles règles pour la constitution de l'hypothèque conventionnelle ; mais la jurisprudence admet que l'article 2117, texte général, n'a pas pu déroger à la règle spéciale des lois de 1790 et 1793¹.

648. Sous la réserve de ces deux exceptions, l'article 2127 constitue le droit commun.

Le texte exige un « acte passé en forme authentique devant deux notaires ou devant un notaire et deux témoins ». C'est l'application de l'article 9 de la loi de 25 ventôse an XI, à laquelle il suffit de renvoyer pour les détails.

Notons seulement les deux points suivants.

1° Il n'est pas nécessaire que l'acte soit rédigé en minute. Il est vrai que l'article 20 de la loi de ventôse est très général : « Les notaires seront tenus de garder minute de tous les actes qu'ils recevront... » ; et si la suite du texte indique quel-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 466, texte et note 55, — Ducrocq, *Droit administratif*, 6^e édition, II, n^o 1036, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 59, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 1418, et les arrêts cités par ces derniers auteurs.

ques exceptions, le contrat hypothécaire ne figure pas dans l'énumération, de sorte que l'acte constitutif d'hypothèque devrait, d'après la loi de ventôse, être rédigé en minute. Mais l'article 2148 consacre implicitement une dérogation à la loi de ventôse, puisqu'il exige la production au conservateur des hypothèques soit d'une expédition, soit de l'« original en brevet ». De fait, la réception en minute serait ici superflue, puisque l'hypothèque est conservée par l'inscription¹.

2° La constitution d'hypothèque n'est pas un des actes pour lesquels la loi du 21 juin 1843 prescrit la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires².

DEUXIÈME IDÉE

649. Pour constituer une hypothèque conventionnelle, il faut un acte notarié passé en France (article 2128). On a considéré que l'acte constitutif d'hypothèque doit être exécutoire ; cette condition est indispensable à l'efficacité de la sûreté réelle. Or, si les notaires ont qualité pour rendre exécutoires les actes reçus par eux (loi du 25 ventôse an XI, articles 19 et 25), encore faut-il pour cela qu'il s'agisse de notaires français ; les notaires étrangers ne peuvent donner des ordres aux agents des autorités françaises.

Ajoutons que les actes reçus à l'étranger ne sauraient être rendus exécutoires en France au moyen d'une formalité quelconque. On concevrait, en pareille matière, une procédure analogue à celle de l'*exequatur* usitée pour les jugements qui doivent entraîner hypothèque (article 2123 dernier alinéa). En fait, il n'existe rien de semblable³.

Aux termes de l'article 2128, il est fait exception au principe lorsque les lois politiques ou les traités diplomatiques contiennent des dispositions contraires⁴.

1. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 461, texte et note 46, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 665 et 942, — Laurent, *Principes*, XXX, n° 432 ; — epr. Alger 7 mai 1870, D. P. 1871.II.4, Sir. 1871.II.105 (note de Labbé).

2. Mais il faut que la signature du notaire en second figure au contrat d'hypothèque, à peine de nullité : Trib. d'Auxerre 4 mai 1892, sous Paris 29 novembre 1893, Sir. 1896.II.6.

3. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 661, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 460, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 58, — Paris 5 décembre 1885 et Cass. 3 décembre 1889, D. P. 1890.I.105, Sir. 1891.I.525, — Paris 5 décembre 1887, D. P. 1889.II.185.

4. Il ne faut pas voir une exception à l'article 2128 dans les nombreuses

TROISIÈME IDÉE

650. Les parties peuvent figurer au contrat hypothécaire personnellement ou par mandataire. Si elles y figurent par mandataire, il faut que la procuration soit authentique.

Il est vrai que l'article 1988 alinéa 2 exige seulement que la procuration soit expresse. Mais il semble résulter de quelques autres textes que les procurations à l'effet de passer un acte sont soumises aux mêmes formalités que cet acte lui-même; par suite, la procuration donnée à l'effet de passer un acte en la forme authentique doit être reçue en la même forme (loi du 24 juin 1843, article 2). La jurisprudence et la majorité des auteurs se prononcent en ce sens¹.

651. La question s'est souvent présentée sous la forme suivante.

Avant la loi du 1^{er} août 1893, l'autorisation d'hypothéquer les immeubles d'une société devait être donnée par acte authentique aux représentants légaux de la société. Ce mandat pouvant résulter soit des statuts, soit d'une délibération spéciale, il fallait que les statuts ou le procès-verbal de la délibération fussent dressés en la forme notariée², ou au moins

conventions internationales qui autorisent les agents consulaires à recevoir les actes passés entre Français et étrangers quand ils ont pour objet des biens situés en France. Ces actes ont la valeur d'actes authentiques, car ils sont dressés par des fonctionnaires français qui remplissent une mission identique à celle des notaires. Il y a là non pas une dérogation aux articles 2127 et 2128, mais un cas d'application de ces textes.

1. Sic, Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 470, et II, n° 657, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 462, texte et note 49, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 94 bis V, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 58; — cpr. Cass. 7 février 1854, D. P. 1854.I.49, Sir. 1854.I.322, — 12 novembre 1855, D. P. 1855.I.433, Sir. 1856.I.254, — 19 janvier 1864, D. P. 1864.I.292, Sir. 1864.I.221, — 15 novembre 1880, D. P. 1881.I.118, Sir. 1881.I.253, — 27 juin 1881, D. P. 1882.I.175, Sir. 1881.I.441, — 29 juin 1881, D. P. 1882.I.106, Sir. 1883.I.218, — Orléans 11 mai 1882, D. P. 1883.V.288, — Cass. 23 décembre 1885, D. P. 1886.I.97, Sir. 1886.I.145, — 24 mai 1886, D. P. 1887.I.222, Sir. 1886.I.247, — 3 décembre 1889, D. P. 1890.I.105, Sir. 1891.I.525. — *Contrà*: Marcadé, *Revue critique*, 1852, p. 199, — Pascaud, *Revue critique*, 1882, p. 157.

2. Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, 2^e édition, II, n° 586, p. 396; — Paris 7 août 1880, Sir. 1881.II.93, — Amiens 24 février 1880, Sir. 1882.II.198, — Cass. 15 novembre 1880, D. P. 1881.I.118, Sir. 1881.I.253, — 27 juin 1881, Sir. 1881.I.441, D. P. 1882.I.175 (note de Labbé), — 29 juin 1881, D. P. 1882.I.107, Sir. 1883.I.218, — Orléans 11 mai 1882, D. P. 1883.V.288, — Paris 5 décembre 1885, D. P. 1887.I.145, Sir. 1886.I.97, — trib. de la Seine 19 janvier 1886, *La Loi* du 4 mars 1886, — Paris 5 décembre 1887, D. P. 1889.II.2.185, — Cass. 29 janvier 1895, D. P. 1895.I.430, Sir. 1895.I.75.

déposés dans les minutes d'un notaire¹, à peine de nullité de l'hypothèque. La règle s'appliquait à toutes les sociétés commerciales ; elle s'étendait également aux sociétés civiles, qui sont, aux termes d'une jurisprudence récente, douées de la personnalité morale².

Elle régit encore aujourd'hui les sociétés civiles constituées autrement qu'en la forme anonyme ou sous forme de commandite par actions.

Pour ces dernières et pour toutes les sociétés commerciales, la loi du 1^{er} août 1893 a ajouté à la loi du 24 juillet 1867 un article 69 ainsi conçu : « Il pourra être consenti hypothèque au nom de toute société commerciale, en vertu
« des pouvoirs résultant de son acte de formation même
« sous seing privé, ou des délibérations ou autorisations
« constatées dans les formes réglées par ledit acte. L'acte
« d'hypothèque sera passé en forme authentique conformément à l'article 2127 du Code civil. »

652. Telles sont les principales règles posées par les articles 2124 à 2133 en ce qui concerne la capacité requise pour constituer une hypothèque conventionnelle et les formes du contrat hypothécaire.

En résumé, les hypothèques légales, judiciaires et conventionnelles n'ont ni la même cause ni la même origine. C'est la première différence qui les sépare. Il est temps de passer à la deuxième.

§ 2. — **Toutes les hypothèques n'ont pas la même étendue quant aux biens sur lesquels elles portent.**

653. Les unes sont spéciales. Elles n'affectent au paiement de la dette que ceux des immeubles du débiteur qui sont spécifiés, nommément désignés. Le créancier ne possède sur les autres immeubles que les droits d'un créancier ordinaire.

Les autres sont générales. Elles affectent au paiement tous les immeubles présents et à venir du débiteur. Le créancier viendra donc à son rang, quel que soit l'immeuble dont le prix est mis en distribution.

1. Vavas seur, *Traité des Sociétés*, nos 166 bis ; — Cass. 3 décembre 1889, D. P. 1890.I.405, Sir. 1891.I.525, — Pau 16 mars 1892, Sir. 1893.II.185, — Cass. 29 janvier 1895, précité. — Secus, Lyon-Caen et Renault, *Traité*, 2^e édition, II, p. 396.

2. Cass. 23 février 1891, D. P. 1891.I.337, Sir. 1892.I.73.

Cette distinction est capitale. Sur quoi repose-t-elle, et d'où vient-elle ?

654. Dans les idées modernes, la spécialité est la règle en matière d'hypothèques. La généralité n'est maintenue qu'à titre d'exception ; et dans les cas où elle subsiste, la loi tend, par tout un ensemble de mesures, sinon à rentrer dans le système de la spécialité, du moins à s'en rapprocher.

La règle de la spécialité est même regardée comme un principe essentiel et dominant de tout régime hypothécaire rationnel. Elle a ce caractère, dans notre droit, depuis la loi hypothécaire qui a précédé le Code civil : celle du 11 brumaire an VII.

655. Dans l'ancien droit, au contraire, les hypothèques étaient générales, portant sur tous les immeubles du débiteur. Même elles portaient sur les meubles dans les pays où la pratique admettait l'hypothèque mobilière¹ ; elles atteignaient alors l'ensemble de la fortune du débiteur.

Il en était ainsi pour deux raisons.

1° L'hypothèque résultait autrefois non d'une affectation légale ou conventionnelle, mais de la forme des actes. Tout acte exécutoire emportait hypothèque, de sorte que l'hypothèque était sans rapport avec tel bien plutôt qu'avec tel autre ; elle affectait au paiement de toutes les créances constatées par un titre exécutoire tous les immeubles présents et à venir du débiteur, quelquefois même toute la fortune dans les pays où on admettait l'hypothèque des meubles. L'hypothèque, ainsi comprise, n'était pas autre chose qu'un rang sur la fortune du débiteur.

2° L'opinion courante envisageait l'hypothèque moins comme un moyen de crédit au profit du débiteur que comme une garantie de paiement au profit du créancier². Cette garantie, on la donnait aux créanciers présumés les plus sérieux, à ceux qui possédaient un titre exécutoire ; on la leur donnait aussi large que possible : sur tous les immeubles, parfois même sur tous les biens là où l'hypothèque des meubles était admise.

656. Ce système présentait de graves inconvénients, dès longtemps signalés par les praticiens.

Inconvénients au point de vue de la condition de la pro-

1. *Suprà*, tome I, p. 262.

2. *Ibid.*, p. 29, note 1.

priété. Tous les biens étant hypothéqués, il en résultait une très grande gêne pour leur circulation ; une procédure de purge était nécessaire dans tous les cas d'aliénation.

Inconvénients pour les distributions par voie d'ordre. Tous les créanciers porteurs d'actes notariés lors de la vente d'un bien venaient affluer à l'ordre ; à chaque ordre il fallait faire un classement de tous les créanciers.

Inconvénients surtout au point de vue des besoins du crédit. La prévoyance veut qu'on ménage le crédit, par conséquent que l'on proportionne la garantie établie au chiffre de la créance, qu'on veille à ne grever les immeubles du débiteur que dans la limite de ce qui est nécessaire à la sécurité du créancier, laissant le surplus libre aux mains du débiteur.

657. Cette préoccupation de développer et de ménager le crédit explique toute l'histoire des sûretés réelles¹.

Au début, on n'a connu que le gage, qui se réalise par la remise d'une chose en nantissement. Il avait un inconvénient grave ; comme il impliquait la mise de la chose en la possession du créancier, cette chose ne pouvait être engagée qu'à un seul créancier, quelle qu'en fût la valeur.

Plus tard, on inventa l'hypothèque, sûreté par simple affectation. La chose affectée put, dès lors, être hypothéquée successivement au profit de plusieurs personnes, jusqu'à épuisement de sa valeur.

La même préoccupation devait, à propos de l'hypothèque, conduire à la spécialité. On y songea le jour où la notion du crédit s'éveilla plus claire, et où l'on vit dans les sûretés réelles moins l'avantage du créancier, qui est secondaire, que le crédit du débiteur, qui est l'essentiel². Il faut ménager les moyens de crédit ; pour cela, il faut proportionner l'étendue de la garantie au chiffre de la créance, la limiter aux biens nécessaires et spécifier les immeubles affectés. C'est l'idée moderne de la spécialité.

Cette idée n'a fait son apparition que très tard.

La loi de messidor an III conservait encore le système antérieur. Tous les actes authentiques, dit l'article 19, « don-

1. Voy. *suprà*, tome I, p. 13 et suiv. — Cpr. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 2^e édition, p. 746 et suiv., — et la dissertation de Labbé sur l'hypothèque, formant l'*Appendice III* du tome III des *Instituts* d'Ortolan, 12^e édition, p. 948 et suiv.

2. *Suprà*, tome I, p. 29, note 1.

« nent hypothèque de plein droit, et sans avoir besoin d'être
« exprimée, sur les biens présents et à venir des obligés et
« condamnés et ceux de leurs héritiers ».

C'est la loi de brumaire an VII qui a créé le système actuel. Chaque hypothèque affecte non pas toute la fortune, mais un ou plusieurs biens déterminés, dans la limite convenue, les autres restant libres (article 4). En même temps l'hypothèque cesse d'être une conséquence de la forme des actes et résulte d'une affectation, légale ou conventionnelle, qui spécifie quels sont les biens grevés.

658. Telle est l'origine de la règle de la spécialité, qui a passé de la loi de brumaire dans le Code civil.

Toutefois, bien que cette règle soit érigée en principe, elle n'est pas également appliquée dans tous les cas. C'est ici qu'apparaît la seconde différence annoncée entre les diverses sortes d'hypothèques.

Il faut rechercher quel est, à cet égard, le régime des hypothèques conventionnelles, de l'hypothèque judiciaire et des hypothèques légales.

I. — Les hypothèques conventionnelles.

659. A l'égard des hypothèques conventionnelles le principe de la spécialité est appliqué dans toute sa rigueur. Il est consacré par l'article 2129, qui fait de la spécialité une condition de la validité de l'hypothèque conventionnelle.

De ce principe découlent trois conséquences. Le principe reçoit son application : 1^o quant aux biens affectés, — 2^o quant à la créance garantie, — 3^o quant à l'inscription. Les hypothèques conventionnelles sont spéciales à ce triple point de vue.

A. Spécialité de l'hypothèque conventionnelle quant aux biens affectés.

660. En vertu du principe de la spécialité, l'hypothèque conventionnelle affecte seulement les biens spécifiés dans l'acte constitutif. C'est la spécialité quant aux biens.

L'article 2129 indique les énonciations que l'acte de constitution doit contenir à cet effet ; l'immeuble hypothéqué doit être désigné et désigné spécialement. En fait, on le désigne comme on peut : par son nom, ses tenants et aboutissants, les numéros du cadastre parcellaire. La question

de savoir si la désignation est suffisante est une question de fait. La jurisprudence abonde à cet égard en décisions d'espèces¹.

Le constituant peut affecter plusieurs immeubles ou même tous ses immeubles ; mais une désignation collective ne suffirait pas. Il faut que les immeubles affectés soient désignés chacun spécialement : « Chacun de tous ses biens « présents peut être nominativement soumis à l'hypothèque », dit l'article 2129 alinéa 1 *in fine*.

Aussi l'hypothèque conventionnelle des biens à venir est-elle interdite et déclarée nulle (article 2129 alinéa 2). Cette règle est un corollaire du principe de la spécialité. En effet, ce ne serait pas désigner spécialement les immeubles que de les réunir sous la dénomination de biens à venir ; on ne saurait les désigner individuellement tant qu'on ne les a pas. D'ailleurs, il y aurait eu péril à permettre d'hypothéquer conventionnellement les biens à venir. Le débiteur, cédant à l'insistance des créanciers qui sont naturellement portés à exiger le plus de garanties possible et à trouver qu'il n'y en a jamais trop, même quand elles sont excessives, se serait souvent laissé entraîner à grever les immeubles futurs, pour se procurer du crédit ; on serait retombé de la sorte dans la pratique et dans les inconvénients des hypothèques générales.

661. Cette règle de la spécialité quant aux biens, si absolue qu'elle paraisse, comporte une restriction et une exception. Il faut ajouter que la loi fournit malheureusement un moyen simple de l'é luder.

662. La restriction résulte de l'article 2133 : « L'hypothèque « acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'im-
« meuble hypothéqué. » En d'autres termes, l'hypothèque consentie sur un immeuble frappe, sans mention spéciale, les immeubles par destination qui y sont attachés. L'hypothèque constituée sur un terrain nu s'étend aux construc-

1. Voy. notamment : Cass. 12 mars 1867, D. P. 1867.I.347, Sir. 1867.I.221, — 25 novembre 1868, D. P. 1869.I.149, Sir. 1869.I.128, — Chambéry 3 juin 1889, D. P. 1891.II.307, — Cass. 12 novembre 1890, D. P. 1891.V.306, Sir. 1891.I.199, — Paris 11 avril 1892, Sir. 1894.II.131, — Cass. 27 novembre 1893, D. P. 1894.I.566, Sir. 1894.I.349.

Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 470 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, II, p. 429 et suiv.

tions qui y sont élevées plus tard. L'hypothèque de la nue propriété grève l'usufruit qui vient s'y joindre.

663. L'exception fait l'objet de l'article 2130 : «...Si les biens « présents et libres du débiteur sont insuffisants pour la sû-
« reté de la créance, il peut, en exprimant cette insuffisance,
« consentir que chacun des biens qu'il acquerra par la suite
« y demeure affecté à mesure des acquisitions. » Ce texte
fait brèche, d'une manière grave, à la règle de la spécialité ;
et il n'est pas facile d'expliquer pourquoi.

La faculté accordée par l'article 2130 est d'une utilité presque nulle dans la pratique. Il est peu moral d'en user. En effet, l'individu qui se fait un moyen de crédit de ses biens à venir ne peut guère être qu'un fils de famille, escomptant la succession de ses parents. Quels sont les hommes qui peuvent consentir à prêter sur un gage aussi peu solide ? Des usuriers, qui trouvent dans l'énormité de l'intérêt ou dans des stipulations frauduleuses l'équivalent du risque auquel ils s'exposent¹.

Toutefois il peut arriver, dans des circonstances exceptionnelles, qu'un débiteur offre sérieusement au créancier une semblable garantie. S'il se trouve un créancier qui s'en contente, le législateur n'a pas cru devoir défendre une pareille convention.

Pour qu'elle soit valable, le constituant doit : 1° exprimer l'insuffisance de ses biens présents et libres², — 2° déclarer sa volonté de grever ses biens à venir. L'hypothèque n'atteint les biens à venir qu'au fur et à mesure de leur entrée dans le patrimoine du débiteur³.

1. Les lignes qui précèdent sont extraites presque textuellement d'un rapport présenté par M. de Vatimesnil à l'Assemblée législative en 1850. — Cpr. Acollas, *Manuel de droit civil*, III, p. 750.

2. D'après la majorité des auteurs, la sincérité de la déclaration du débiteur peut être contestée par tout intéressé, sans quoi l'article 2130 fournirait un moyen trop commode de tourner le principe posé dans l'article 2129. *Sic* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 684, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 66. — *Contra* : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 97 bis IV.

3. Il suffit que les immeubles présents hypothéqués appartiennent actuellement au débiteur, alors même qu'ils seraient soumis à une condition résolutoire susceptible d'anéantir éventuellement l'hypothèque des biens présents : Cass. 11 mars 1895, D. P. 1895.I.305 (note de M. Léon Michel), Sir. 1896.I.433 (note de M. Albert Wahl), — Limoges 27 mai 1896, Sir. 1897.II. 143.

664. Il résulte de là que les personnes n'ayant pas de biens présents ne peuvent pas hypothéquer leurs biens à venir.

L'opinion contraire a ses partisans. Ils font observer que l'absence de biens présents est le maximum de l'insuffisance, ce qui n'est pas contestable. Puis ils ajoutent que la solution contraire a quelque chose de puéril. Suffira-t-il d'acheter un mètre carré de terrain pour avoir des biens présents et satisfaire au vœu de la loi ¹ ?

Mais, si l'on admettait cette théorie, l'article 2130 ne serait plus une simple restriction à la disposition finale de l'article 2129 ; il l'effacerait complètement. Donc l'affectation des biens à venir ne peut être que subsidiaire ². Qui n'a pas de biens présents ne peut pas hypothéquer ses biens à venir. Qui possède des biens présents ne peut hypothéquer ses biens à venir sans hypothéquer en même temps ses biens présents. Du reste, les arrêts sont rares sur la question, car il y a peu de créanciers qui se prêtent à de semblables combinaisons.

665. L'article 2130 apporte donc une exception grave au principe posé par l'article 2129 alinéa 2.

Au premier abord, on est tenté de croire qu'une seconde exception est introduite par l'article 2131 : « Pareillement, « en cas que l'immeuble ou les immeubles présents, assu- « jettis à l'hypothèque, eussent péri, ou éprouvé des dégra- « dations, de manière qu'ils fussent devenus insuffisants « pour la sûreté du créancier, celui-ci pourra ou poursuivre « dès à présent son remboursement, ou obtenir un supplé- « ment d'hypothèque. »

Mais, quand on regarde le fond des choses, on s'aperçoit aisément que le « supplément d'hypothèque » de l'article 2131 n'a rien de commun avec l'hypothèque des biens à venir proscrite par l'article 2129 alinéa 2. L'explication de l'article 2131 est toute différente.

Le débiteur, ayant constitué une sûreté réelle, doit la

1. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 538 bis, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 97 bis II, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 66, — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, 6^e édition, II, n° 1598.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 688, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 449. — Cpr. Dijon 25 avril 1855, D. P. 1855.II.218, — Nancy 22 août 1867, D. P. 1868.II.117, Sir. 1868.II.109, — Cass. 30 janvier 1872, D.P. 1874.I.99, Sir. 1873.I.404, — Riom 26 mars 1892 et Cass. 11 mars 1895, précitées, — Limoges 27 mai 1896, précité.

maintenir dans son intégrité. En cas de perte totale ou partielle de l'immeuble hypothéqué, le créancier peut exiger la constitution d'une nouvelle hypothèque, faute de quoi il se prévaudra de l'article 1188 : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme... lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. »

Voilà quelle est l'économie de l'article 2131. Le « supplément d'hypothèque » à fournir par le débiteur est une nouvelle constitution d'hypothèque, constitution d'une nouvelle hypothèque spéciale aux lieu et place de l'hypothèque spéciale primitive devenue insuffisante, constitution faite afin d'éviter la déchéance du terme établie par l'article 1188. Il n'y a rien là de contraire à la prohibition d'hypothéquer conventionnellement les biens à venir.

666. Enfin la loi fournit elle-même un moyen de tourner la règle à l'aide de l'hypothèque judiciaire. Pour comprendre l'artifice, il faut se reporter à l'article 1 *in fine* de la loi du 3 septembre 1807, dont nous avons parlé précédemment ¹.

Un débiteur veut conférer à son créancier une hypothèque générale sur ses biens à venir ; et il ne possède aucun immeuble, de sorte qu'il ne peut pas recourir au procédé prévu par l'article 2130 ². Qu'importe ? Il va signer un engagement sous seing privé, avec une clause autorisant le créancier à inscrire l'hypothèque judiciaire avant l'exigibilité de la dette. Puis le créancier assignera le débiteur en reconnaissance d'écriture, obtiendra un jugement et acquerra de la sorte une hypothèque judiciaire, qui portera sur tous les biens à venir (article 2123 alinéa 2). Voilà donc les biens à venir du débiteur affectés à la sûreté de la créance. L'étrange réserve insérée d'une manière si malencontreuse dans la loi de 1807 réduit à néant le principe posé par l'article 2129 alinéa 1 *in fine*.

B. Spécialité de l'hypothèque conventionnelle quant à la créance garantie.

667. L'hypothèque conventionnelle n'affecte les biens spécifiés que jusqu'à concurrence du montant de la créance.

1. *Suprà*, n° 621.

2. *Ibid.*, n° 663.

Dès lors, le chiffre de cette créance doit être spécifié lui aussi dans l'acte de constitution, à peine de nullité.

C'est la règle de la spécialité quant à la créance, consacrée par l'article 2132 : « L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte... »

668. Cette règle a paru nécessaire à la sécurité des tiers, notamment des créanciers hypothécaires postérieurs, non moins qu'à l'intérêt du débiteur lui-même.

Il ne suffit pas aux tiers de savoir que les immeubles sont hypothéqués, ce que leur révélera l'inscription prise en vertu du contrat hypothécaire. Il faut en outre qu'ils sachent pour quelle somme ils le sont ; car de là dépend la mesure dans laquelle le crédit du débiteur est absorbé par l'hypothèque qui le prime, la mesure dans laquelle il reste libre malgré cette hypothèque.

Quant au débiteur, la règle de l'article 2132 présente un grand intérêt pour lui. En effet, le crédit immobilier n'est vraiment ménagé — ce qui est la raison d'être économique de la spécialité de l'hypothèque — que si l'hypothèque est limitée à ce qui est nécessaire pour la sécurité du créancier. La mention du chiffre exact de la créance fait seule apparaître le crédit dont le débiteur peut encore disposer sur son immeuble.

L'idée de la spécialité quant à la créance est donc simple en elle-même.

669. Elle ne l'est pas toujours dans l'application. Des difficultés peuvent se présenter dans deux cas.

a) **Le premier** est tout particulier : c'est celui d'une hypothèque constituée comme garantie d'une ouverture de crédit ¹. Comment appliquer l'article 2132 ? La créance de celui qui ouvre le crédit, ou crédeur, est subordonnée à la réalisation ultérieure du crédit ; elle naît au fur et à mesure que le crédit use du crédit et prend les fonds mis à sa disposi-

1. L'ouverture de crédit engendre pour le crédeur une créance éventuelle, qui peut, comme toute créance de cette nature, être garantie par une hypothèque. Voy. *suprà*, tome I, p. 239. — Aubry et Rau, 5^e édition, p. 476, texte et note 66. — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 528. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 69 ; — cpr. Cass. 21 novembre 1849, D. P. 1849.1.275, Sir. 1850.1.91. — Metz 14 mars 1850, D.P.1853.V.244. — Paris 15 janvier 1852, D.P. 1854.V.419. — Cass. 8 mars 1853, D. P. 1854.1.341, Sir. 1855.1.214.

tion. Alors l'hypothèque est-elle acquise par l'ouverture du crédit, ou par la réalisation du prêt? A-t-elle un rang unique, ou a-t-elle rang, pour chaque somme, le jour où le versement en est fait?

L'hésitation est permise, car l'hypothèque est un droit accessoire et ne se comprend pas sans la créance garantie. Mais la pratique n'a pas tenu compte des hésitations de la doctrine. Elle considère que l'hypothèque s'adjoint à l'ouverture de crédit. Le créancier possède, dès l'ouverture du crédit, une créance éventuelle qui suffit pour justifier l'existence de l'hypothèque; celle-ci prend rang à la date de l'inscription requise lors de l'ouverture de crédit, non à la date de la réalisation ou des réalisations successives des avances faites au crédit. On ne sait pas ce dont il est débiteur; mais on sait ce dont il peut être débiteur, puisqu'il y a déjà créance éventuelle, conditionnelle; et cela suffit. L'hypothèque existe dès que la créance est née.

Cette solution est la seule qui puisse se concilier avec les nécessités de la pratique. En effet, le créancier ne peut mesurer l'efficacité de l'hypothèque établie qu'à la date de la convention; or cette efficacité peut diminuer dans la suite; comment le créancier pourrait-il être tenu de verser les fonds si la situation était venue à changer?

D'ailleurs, la loi du 10 juin 1853, sur les sociétés de crédit foncier, fournit un argument péremptoire en ce sens; on peut dire qu'elle a définitivement fixé la jurisprudence. L'article 4 de cette loi décide que « l'hypothèque consentie « au profit d'une société de crédit foncier, par le contrat « conditionnel de prêt, prend rang du jour de l'inscription « quoique les valeurs soient remises postérieurement »¹.

1. Voy. sur les difficultés relatives à l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit: Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 715 et suiv., — et *Revue critique de droit*, année 1858, p. 206 et suiv., — Demolombe, *Contrats*, II, nos 392 et suiv., — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 476 et suiv., — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 69, — Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1283 et suiv., — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, IV, n^o 729. — Cpr. Cass. 22 mars 1852, D. P. 1852.I.86, Sir. 1852.I.308, — Paris 21 décembre 1852, D. P. 1853.II.81, Sir. 1853.II.5, — Cass. 8 mars 1853, D. P. 1854.I.341, Sir. 1855.I.214, — 2 juin 1863, D. P. 1863.I.337, Sir. 1863.I.335, — Rouen 3 août 1864, Sir. 1866.II.127, — Cass. 3 août 1870, D. P. 1871.I.184, Sir. 1873.I.219, — Dijon 7 novembre 1872, D. P. 1873.II.238, Sir. 1873.II.84, — Limoges 23 août 1873, Sir. 1873.II.277, — Cass. 23 mars 1874, D. P. 1874.I.316, Sir. 1874.I.355, —

b) Dans une seconde hypothèse, plus générale que la précédente, la règle de la spécialité des hypothèques conventionnelles quant aux créances garanties fait difficulté. Il peut arriver que la créance ne soit pas liquide au moment de la constitution d'hypothèque, en d'autres termes qu'elle soit indéterminée dans sa quotité, bien que certaine quant à son existence. Comment obéir alors à l'article 2132? Le texte le dit lui-même dans sa seconde partie: « Si la créance
« résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne
« pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après,
« que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui
« déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de
« faire réduire, s'il y a lieu. »

On procède, par conséquent, à une liquidation provisoire; on estime éventuellement la créance, et le chiffre ainsi fixé figure dans l'inscription, sous réserve de réduction ultérieure¹.

C. Spécialité de l'hypothèque conventionnelle quant à l'inscription.

670. L'hypothèque conventionnelle est encore spéciale en ce sens que l'inscription qui sera prise devra, elle aussi, spécifier l'immeuble ou les immeubles hypothéqués, et en outre le montant de la créance, ou tout au moins l'évaluation qui en tient lieu dans le cas où la créance n'est pas liquide. C'est la spécialité quant à l'inscription.

Bordeaux 19 août 1874, D. P. 1877.II.230, — Paris 4 juin 1886, D. P. 1887.II.100, — Pau 12 mars 1888, D. P. 1889.II.276, — Cass. 12 avril 1892, D. P. 1893.I.503, — Dijon 12 juillet 1893, D. P. 1895.I.419, — Alger 19 juin 1894, D. P. 1896.II.236.

1. Une complication se présente lorsque la créance garantie par l'inscription est une rente viagère, dont le capital est nécessairement inconnu.

D'après la jurisprudence, le crédi-rentier a toujours le droit de se faire colloquer pour un capital calculé au denier vingt, pourvu qu'il ait pris soin d'indiquer dans son inscription la quotité de la rente: Poitiers 7 décembre 1885, D. P. 1887.II.60, Sir. 1886.II.81, — Montpellier 25 mars 1890, Dalloz, *Supplément au Répertoire, v° Privilèges et hypothèques*, n° 1393, — Douai 16 mai 1895, Sir. 1895.II.269. Beaucoup d'auteurs rejettent cette solution et soutiennent qu'une évaluation en capital est toujours nécessaire pour que les tiers puissent apprécier le montant des charges et que l'article 2148 soit respecté: Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 538, texte et note 3, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 143, — Laurent, *Principes*, XXVII, n° 323, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1655.

Cette spécialité quant à l'inscription est le corollaire nécessaire de la spécialité quant aux biens affectés et quant aux créances garanties. En effet, les tiers ne connaissent l'hypothèque que par l'inscription; s'il est nécessaire, à cause de l'importance économique du principe de la spécialité, que l'acte constitutif spécifie les biens affectés et le chiffre de la créance garantie, il est indispensable aussi que l'inscription révèle, à son tour, ces mêmes éléments.

De là vient l'article 2148, avec les prescriptions détaillées qu'il renferme relativement aux mentions que doivent contenir les bordereaux de réquisition d'inscription. Nous avons dit déjà¹ que l'inscription, en la forme, consiste dans une mention faite sur les registres de la conservation des hypothèques.

671. L'article 2148 n'a pas besoin de commentaire. Il faut y relever spécialement les numéros 4 et 5.

Le 4^o a trait aux énonciations que le bordereau doit contenir en ce qui concerne la créance. Si la créance n'est pas liquide, l'inscription est prise pour une somme évaluée approximativement, sauf à rectifier ensuite. Cette évaluation est faite à l'amiable si le créancier et le débiteur s'entendent; dans le cas contraire, elle est faite judiciairement.

Le 5^o a trait aux énonciations que le bordereau doit contenir en ce qui concerne les biens affectés.

Il faut une inscription par immeuble. Par conséquent, si l'hypothèque est constituée sur plusieurs immeubles, le créancier doit prendre autant d'inscriptions qu'il y a d'immeubles affectés, quand même ils seraient situés dans le même arrondissement, autrement dit dans la circonscription du même bureau. Les états d'inscriptions sont délivrés par immeubles. Il est donc nécessaire d'établir des inscriptions spéciales pour chacun des immeubles².

Cette exigence est si bien une conséquence de la spécialité qu'elle n'est pas applicable aux hypothèques générales (article 2148-5^o, deuxième phrase). L'inscription prise au

1. *Suprà*, p. 31.

2. La difficulté est la même qu'à propos de l'article 2129. Voy. *suprà*, n^o 660. La jurisprudence se contente d'une désignation collective des immeubles hypothéqués, pourvu que cette désignation fasse connaître leur nature et leur situation : Cass. 12 novembre 1890, D. P. 1891.V.306, Sir. 1891.I.199. — Paris 11 avril 1892, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1063.

bureau des hypothèques d'un arrondissement suffit pour tous les immeubles situés dans l'arrondissement. Le conservateur doit en faire mention dans les certificats qui lui sont demandés pour un immeuble quelconque appartenant au débiteur dans l'arrondissement.

A ce point de vue, l'hypothèque des biens à venir, dans le cas de l'article 2130, n'est pas générale ¹. Une inscription doit être prise sur chaque immeuble, au fur et à mesure de son entrée dans le patrimoine du constituant.

672. Finalement, en matière d'hypothèques conventionnelles, le principe de la spécialité est rigoureusement appliqué : 1^o quant aux biens affectés, — 2^o quant à la créance garantie, — 3^o quant à l'inscription.

II. — L'hypothèque judiciaire.

673. L'hypothèque judiciaire est restée générale, comme dans le régime hypothécaire de l'ancien droit (article 2123 alinéa 2).

674. Elle est générale en ce sens qu'elle frappe et affecte au paiement de la dette tous les biens du débiteur condamné : tous ceux qui lui appartiennent à la date du jugement ou de l'acte judiciaire, — et tous ceux qu'il acquerra ou qui lui adviendront par la suite, alors même qu'il les aliénerait plus tard, par cela seul qu'ils auront été sa propriété.

S'il meurt sans avoir acquitté sa dette, il la transmet à ses héritiers ; et la question se pose de savoir si l'hypothèque s'étend aux biens des héritiers ? L'opinion commune est qu'elle atteint seulement les biens présents et à venir du débiteur, alors même que sa succession aurait été acceptée purement et simplement ². Peut-être la solution n'est-elle pas absolument logique, car les héritiers du débiteur condamné sont les représentants de sa personne, assumant les obligations dont leur auteur était tenu, de sorte qu'ils devraient avoir la même condition que leur auteur et quant à la dette et quant aux garanties de la dette. Mais la tradition

1. Voy. *suprà*, nos 663 et 664.

2. A moins, bien entendu, que le jugement ne soit rendu après le décès du débiteur contre des héritiers purs et simples, auquel cas l'hypothèque grèverait sans distinction tous les immeubles de ces derniers.

est en sens contraire. On disait jadis : « Générale hypothèque « de tous biens comprend les présents et à venir, et non ceux « des hoirs ¹. » Il est vrai que la loi du 9 messidor an III est allée plus loin ; les hypothèques judiciaires, dit l'article 19, portent « sur les biens présents et à venir... des condamnés « et ceux de leurs héritiers ». Mais l'article 2123 alinéa 2 du Code civil n'a pas reproduit ce dernier membre de phrase ; il s'est donc rapproché de l'ancien droit.

En résumé, l'hypothèque judiciaire grève les biens personnels du débiteur et ceux-là seulement. Du reste, c'est déjà bien assez.

Est-il besoin d'ajouter qu'elle atteint seulement ceux qui sont saisissables ? L'hypothèque ne porte que sur les immeubles soumis au droit de gage général de l'article 2092 ² ; elle a pour effet de consolider ce droit et non d'en augmenter l'étendue ³. Ainsi, quand un jugement est rendu contre une femme dotale, l'hypothèque judiciaire, malgré sa généralité, n'atteint pas les immeubles dotaux, à moins qu'il ne s'agisse de créances exécutoires sur ces biens ⁴.

Au point de vue de la spécialité, le régime de l'hypothèque judiciaire diffère donc profondément du régime de l'hypo-

1. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 7, § 21, n° 503. — Voy. aussi Pothier de Livonière, *Règles du droit français*, liv. X, ch. IV, art. 24, — Pothier, *Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans*, n° 20, — Bourjon, *Droit commun de la France*, liv. VI, tit. VI, sect. 6, n° 41.

2. *Suprà*, tome I, p. 268 à 271.

3. De Vareilles-Sommières, *Hypothèque judiciaire*, p. 158, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, p. 158 et suiv.

4. Sous l'empire du Code de 1804, la propriété des immeubles se transmettant même à l'égard des tiers par le seul effet du consentement, l'hypothèque judiciaire ne pouvait jamais atteindre un immeuble vendu antérieurement au jugement, à l'acte judiciaire ou à la contrainte donnant naissance à l'hypothèque. Mais il en est autrement depuis la loi du 23 mars 1855. L'hypothèque judiciaire frappe tous les immeubles du condamné dont l'aliénation n'a pas encore été transcrite, quand même l'aliénation aurait été consentie avant le jugement, l'acte judiciaire ou la contrainte donnant naissance à l'hypothèque. En effet, l'aliénation de l'immeuble n'est pas opposable aux tiers tant qu'elle n'a pas été transcrite, et le créancier chirographaire devient un tiers, au sens de la loi de 1855, le jour où il inscrit une hypothèque judiciaire. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 458, texte et note 80, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1269, — ainsi que les notes de Labbé dans Sir. 1878.II.33, et de Ch. Beudant dans D. P. 1878.I.49 ; — cpr. Nancy 27 décembre 1879, D. P. 1880.II.119, Sir. 1880.II.174, — Cass. 23 avril 1884, D. P. 1885.I.19, Sir. 1884.I.209, — 16 février 1887, D. P. 1887.I.259, Sir. 1888.I.257, — 13 juillet 1891, D. P. 1892.I.483. — Secus, Mourlon, *Transcription*, II, n° 490, — Binet, *Revue critique de droit*, 1877, p. 433, — Nancy 14 juin 1876, D. P. 1878.II.129, Sir. 1878.II.33.

thèque conventionnelle. L'hypothèque judiciaire échappe à la règle de la spécialité quant aux biens.

675. En outre, elle échappe à la règle de la spécialité quant à l'inscription, au moins en un sens.

Sans doute, le bordereau doit mentionner, comme quand il s'agit d'une hypothèque conventionnelle, le montant de la dette, ou, si la créance n'est pas liquide, son évaluation, par exemple des dommages-intérêts à fixer par état. C'est la règle posée par l'article 2148-4^o, et aucun texte n'y apporte d'exception en ce qui concerne l'hypothèque judiciaire¹.

Mais il n'est pas nécessaire de prendre autant d'inscriptions que d'immeubles. L'inscription prise dans un bureau suffit pour tous les immeubles situés dans la circonscription de ce bureau. L'article 2148-5^o alinéa 2 le dit expressément².

La différence avec l'hypothèque conventionnelle est donc considérable.

676. A quoi tient-elle et comment s'explique-t-elle? C'est une anomalie de plus au passif de l'hypothèque judiciaire, et un nouveau grief contre elle³.

A quoi bon une hypothèque sur tous les biens du débiteur, présents et à venir, peut-être considérables, pour une dette dont le chiffre sera souvent minime? A quoi bon grever le crédit immobilier du débiteur au delà de ce qui est utile?

La seule raison à donner est que l'hypothèque judiciaire

1. Il ne saurait être question d'étendre à l'hypothèque judiciaire la dispense d'évaluation consacrée par l'article 2153-3^o en faveur des hypothèques légales. *Sic*: Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 559 et 560, texte et note 7, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 989, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 128 bis V, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1658, — Chambéry 22 décembre 1879, Sir. 1880.II.241. — La jurisprudence s'est plusieurs fois prononcée en sens inverse: Cass. 4 août 1825, Sir. 1826.I.122, — Rouen 8 février 1851, D. P. 1852.II.53, Sir. 1851.II.715. Ces arrêts s'appuient sur l'article 2148-4^o, d'après lequel le créancier n'est tenu d'évaluer le montant de sa créance que dans les cas où cette évaluation est prescrite; or, l'article 2132 ne les requiert que pour l'hypothèque conventionnelle. Mais il ne faut pas oublier que le principe de la spécialité est la règle, dont on ne peut se départir sans un texte formel qui n'existe pas ici.

2. Toutefois, le créancier peut ne prendre qu'une inscription spéciale. C'est de toute évidence, puisque son inscription, si elle est excessive, peut être réduite à la requête du débiteur. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 555, — et *infra*, n^o 677.

3. Cpr. *suprà*, n^{os} 613 et suiv.

est un vestige de l'ancien régime hypothécaire ¹. Comme toutes les hypothèques anciennes, l'hypothèque judiciaire moderne résulte non d'une affectation conventionnelle ou légale, mais de la forme du titre ; elle a été conservée avec le caractère qu'avaient autrefois toutes les hypothèques résultant de la forme du titre, c'est-à-dire avec un caractère général.

On aurait certainement pu procéder autrement. Pourquoi, si l'on voulait absolument la maintenir, n'a-t-on pas chargé le juge d'en fixer l'étendue, en la proportionnant à l'intérêt du créancier ? L'institution ainsi comprise eût été raisonnable. Le législateur a procédé de la sorte dans les deux seuls cas où existent de véritables hypothèques judiciaires : cas prévus par l'article 34 de la loi du 30 juin 1838 sur les aliénés, et par l'article 10 de la loi du 24 juillet 1889 sur la protection de l'enfance ².

Satisfaisante ou non, la règle est formelle.

677. Toutefois, si l'hypothèque judiciaire est générale en principe, elle peut ne pas conserver ce caractère en fait. L'article 2123 alinéa 2, après avoir dit qu'elle est générale, ajoute : « sauf les modifications qui seront ci-après exprimées ». Cette réserve se réfère à quelques textes placés plus loin, qui prévoient la réduction possible des inscriptions prises en vertu de jugements ou d'actes judiciaires. Le débiteur condamné n'a pas à se préoccuper de l'hypothèque tant qu'elle n'est pas inscrite, puisqu'elle est sans effet jusque-là au regard soit des autres créanciers, soit des tiers. Une fois l'inscription prise, la loi réserve au débiteur un moyen d'en obtenir la réduction même contre le gré du créancier. C'est un retour, en fait, à la règle de la spécialité.

Cette réduction peut se produire à deux points de vue : quant à l'évaluation de la créance (articles 2163 et 2164) et quant aux biens (articles 2161 et 2163).

L'autorité judiciaire impose la réduction au créancier lorsque sa résistance est injustifiée.

Ces dispositions des articles 2161 à 2164 s'appliquent certainement à l'hypothèque judiciaire. Nous verrons plus loin si elles sont applicables aux autres hypothèques générales ³.

1. *Suprà*, n° 613 *in fine*.

2. *Ibid.*, n° 612.

3. *Infrà*, n° 703.

III. — Les hypothèques légales.

678. Les hypothèques conventionnelles sont soumises au principe de la spécialité. L'hypothèque judiciaire y échappe. Quel est, à cet égard, le régime des hypothèques légales?

L'article 2122 contient, en ce qui les concerne, une règle identique à celle qui est énoncée par l'article 2123 alinéa 2 pour l'hypothèque judiciaire. « Le créancier qui a une hypothèque légale peut exercer son droit sur tous les immeubles appartenant à son débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite, sous les modifications qui seront ci-après exprimées. »

En d'autres termes, les hypothèques légales sont générales.

679. Toutefois, il ne faut pas prendre cet article à la lettre. Les termes en sont trop absolus. Ils s'expliquent par ce fait déjà observé¹ que le législateur, quand il parle des hypothèques légales, pense aux trois hypothèques légales classiques, à celles qui sont énumérées par l'article 2121 : hypothèques des femmes mariées, des mineurs ou interdits et de l'État. En réalité, l'article 2122 ne s'applique qu'à celles-là. Les trois autres hypothèques légales — nous en avons compté six² — restent soumises aux règles qui découlent du principe de la spécialité.

Il en est ainsi pour l'hypothèque des légataires (article 1017). Elle est légale. Néanmoins et malgré la disposition de l'article 2122, elle n'est pas générale. En effet le légataire, créancier de l'héritier, n'a pas hypothèque sur tous les immeubles du débiteur, mais seulement sur ceux qui lui proviennent de la succession ; sur les autres il n'a que les droits d'un créancier ordinaire. Donc son hypothèque n'est pas générale, puisqu'elle ne porte pas sur tous les immeubles du débiteur, mais seulement sur quelques-uns d'entre eux exclusivement spécifiés.

Il en est de même pour l'hypothèque légale qui appartient aux créanciers de la faillite (article 490 C. com.). Elle porte seulement sur les immeubles que le failli possède au moment de la déclaration de faillite et sur ceux qu'il peut ac-

1-2. *Suprà*, n° 593.

quérir au cours de la faillite, mais non sur les autres¹.

Enfin il faut en dire autant des privilèges spéciaux dégénérés en hypothèques pour n'avoir pas été conservés régulièrement (article 2113).

Quoique légales, ces trois hypothèques restent donc spéciales.

Et de là découlent deux conséquences.

D'abord l'article 2148-5° alinéa 2 ne s'applique pas aux trois hypothèques dont il s'agit. Une inscription par bureau ne saurait suffire, puisqu'il peut y avoir dans la circonscription des immeubles affectés et d'autres qui ne le sont pas. Ceux que l'hypothèque atteint doivent être l'objet d'une inscription individuelle.

En second lieu l'article 2148-4° s'applique à nos trois hypothèques. Le bordereau doit contenir l'indication du montant de la créance, ou au moins l'évaluation de ce montant quand la créance est indéterminée ou éventuelle. Exception est faite cependant pour l'hypothèque des créanciers de la faillite. En effet, aux termes de l'article 490 alinéa 3 du Code de commerce, cette inscription est requise sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite et relatant la date du jugement qui a nommé les syndics. Cette hypothèque est spéciale quant aux biens grevés, mais non quant aux créances garanties.

680. En résumé, l'article 2122, malgré sa généralité, ne s'applique pas à toutes les hypothèques légales, mais seulement aux trois hypothèques légales classiques : celles des femmes mariées, des mineurs et interdits, de l'Etat et des établissements publics sur les immeubles des comptables. Pour celles-là il est vraiment fait brèche à la règle de la spécialité, mais pour celles-là seulement.

Voyons quelle est la portée de cette dérogation au principe, quels en sont les motifs et les conséquences pratiques.

I. *En quel sens les hypothèques légales de l'article 2121 sont générales.*

681. Les hypothèques légales de l'article 2121 sont générales en ce sens que le créancier a hypothèque sur tous les

1. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 352 et 353, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1001, — Lyon-Caen et Renault, *Traité de Droit commercial*, VII, n° 278, p. 230, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1217.

biens présents et à venir du débiteur. C'est la disposition même de l'article 2122.

De là résulte une première conséquence, qui est la suivante. Pour les hypothèques légales générales, une inscription par bureau suffit, de même que pour l'hypothèque judiciaire (article 2148-5° alinéa 2).

Il existe toutefois une différence entre l'hypothèque judiciaire et les hypothèques légales soustraites à la règle de la spécialité. Le créancier à hypothèque judiciaire peut, à son gré, prendre inscription générale ou ne prendre qu'une inscription spéciale; au contraire, pour les hypothèques des femmes, des mineurs ou interdits et de l'Etat, les personnes chargées d'inscrire sont tenues de prendre une inscription générale ¹, et ne rempliraient pas leur obligation en réquérant une inscription spéciale, à moins que l'hypothèque n'ait été restreinte sous les conditions que nous rencontrons bientôt ².

Mais ce n'est là qu'un détail.

Reprenons la règle et suivons-en l'application relativement à chacune des trois hypothèques générales.

A. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES MARIÉES.

682. Par application de l'article 2122, la femme mariée a hypothèque : 1° sur les biens présents du mari, — 2° sur ceux qu'il acquerra par la suite, — en un mot sur tous les biens du mari.

Dans un cas, il est vrai, la loi apporte une exception au moins apparente à ce principe : quand le mari est commerçant et tombe en faillite (article 563 C. com.) ³. L'hypothèque, alors n'atteint pas les immeubles acquis à titre onéreux au cours du mariage, mais seulement ceux que le mari possédait auparavant, et ceux qu'il a acquis depuis à titre gratuit ⁴.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 556.

2. *Infrà*, nos 700 et suiv.

3. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VIII, nos 902 et suiv., p. 179 et suiv.

4. Cette disposition exceptionnelle ne reçoit application qu'à deux conditions. Il faut : 1° que le mari soit en état de faillite, c'est-à-dire de cessation de paiements, situation que les tribunaux civils ont le pouvoir de constater, même en l'absence de tout jugement déclaratif, — 2° que le mari ait été commerçant lors de la célébration du mariage, ou que, n'ayant alors aucune profession déterminée, il le soit devenu dans l'année qui a suivi. Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 910, p. 485.

On ne veut pas que des immeubles acquis peut-être, probablement même, avec des deniers qui auraient été le gage des créanciers s'ils n'avaient pas reçu cet emploi, soient affectés par préférence à la femme.

Mais cela n'empêche pas l'hypothèque de rester générale. Tout ce qui résulte de l'article 563, c'est que l'hypothèque, quant à certains immeubles, n'est pas opposable aux créanciers de la faillite.

683. Maintenant, que faut-il entendre exactement par ces mots : biens présents, biens à venir ?

Il n'y a pas d'équivoque possible quant aux biens présents. On entend par là tous les biens susceptibles d'hypothèque qui appartiennent au mari lorsque s'ouvre le droit de la femme, c'est-à-dire au moment du mariage.

Le sens des mots « biens à venir » paraît aussi net. Ils désignent tous les biens que le mari acquerra ou qui lui adviendront ensuite.

Cependant, trois difficultés d'application s'élèvent à ce propos.

684. Première difficulté. — L'hypothèque s'étend-elle aux biens acquis par le mari après la dissolution du mariage, mais avant que les reprises n'aient été liquidées et payées, en d'autres termes alors que la créance de la femme existe encore ?

Il ne saurait guère y avoir doute. L'article 2122 ne fait aucune distinction. Il affecte tous les biens que le débiteur possède et tous ceux qu'il acquerra par la suite. Peu importe qu'il les acquière à un moment ou à un autre, alors que le mariage dure encore ou après qu'il a été dissous, tant qu'il est débiteur.

On a essayé de soutenir le contraire. On fait remarquer que l'article 2121 ne soumet à l'hypothèque légale que les biens du mari. Ces mots désignent, dit-on, les biens qui appartiennent au mari comme tel, ceux qu'il a acquis pendant qu'il avait cette qualité ; les autres n'auront jamais été au mari.

Mais ce raisonnement n'a pas triomphé. L'hypothèque atteint même les biens que le mari acquiert alors que, devenu veuf, il a contracté un nouveau mariage sans avoir liquidé les droits et créances de sa première femme. De sorte que les immeubles du mari, dans ce cas, se trouvent frappés

de deux hypothèques légales. La disposition très générale de l'article 2121 commande cette solution ¹.

685. Deuxième difficulté. — L'hypothèque s'étend-elle aux biens des héritiers du mari, soit que le mariage ait pris fin par la mort du mari, auquel cas la femme est créancière des héritiers, soit que le mari ait survécu à la femme et ait cessé d'exister avant le règlement du compte dû à celle-ci ?

Cette question est exactement celle que nous avons rencontrée déjà à propos de l'hypothèque judiciaire². Mêmes raisons de douter et de décider. Ce qui vaut à la femme son hypothèque légale, c'est sa qualité, ce sont les droits qu'elle exerce comme telle ; d'autre part, les héritiers du mari sont les continuateurs de sa personne, à moins qu'ils n'acceptent sous bénéfice d'inventaire. Mais la tradition est en sens contraire. Loysel a dit : « Générale hypothèque de tous biens « comprend les présents et à venir, et non ceux des hoirs ³. » Si la loi du 9 messidor an III a modifié cette règle, l'article 2121 est revenu aux traditions anciennes.

686. Troisième difficulté. — Elle est beaucoup plus grave.

L'application de l'article 2122 est simple sous les régimes exclusifs de communauté : régime sans communauté, régime dotal, séparation de biens. En effet, dans ces régimes, il est facile de déterminer ce qu'il faut entendre par biens du mari.

Au contraire, l'application de l'article 2122 est compliquée sous le régime de communauté.

L'hypothèque frappe les propres du mari ; cela n'est pas douteux. Mais, à côté des propres, dont le mari a la propriété exclusive, il y a les biens communs, dont les deux époux sont co-propriétaires. Ces biens communs sont-ils — dans la mesure, bien entendu, où ils appartiennent au mari débiteur — atteints par l'hypothèque de la femme ? La femme a hypothèque sur les biens dont le mari est copropriétaire par indivis avec un tiers ⁴ ; mais a-t-elle hypothèque sur les biens

1. Demolombe, *Minorité*, II, nos 30 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 509, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 348, texte et note 3, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1000. — Cpr. Cass. 17 juillet 1844, Sir. 1844.I.641, — Lyon 25 novembre 1850, D. P. 1851.II.241, Sir. 1851.II.87, — Lyon 3 juillet 1867, D. P. 1869.I.276, Sir.1869.I.345.

2-3. Voy. *suprà*, n° 674.

4. Par exemple quand le père du futur époux lui a fait, par contrat de

dont il est co-proprétaire avec elle-même, par suite de la communauté établie entre eux? C'est la vieille question de savoir si la femme a hypothèque sur les conquêts de communauté — dénomination traditionnelle des biens communs — au préjudice des tiers auxquels le mari les aurait hypothéqués ou vendus alors que la femme avait des créances acquises contre lui.

687. Le mari engage la communauté par ses actes, par les responsabilités qu'il encourt. Il peut hypothéquer les immeubles communs, comme il peut les aliéner (article 1421). Les hypothèques légales ou judiciaires procédant de son chef au profit de tiers les atteignent certainement. Pourquoi échapperaient-ils à l'hypothèque légale de la femme?

Supposons le mari tuteur et par conséquent soumis à l'hypothèque légale du mineur; supposons-le condamné par jugement, auquel cas il y a lieu à l'hypothèque judiciaire; on n'a jamais mis en doute que le mineur ou le créancier porteur du jugement n'eussent hypothèque sur les biens de la communauté, dans la mesure des droits du débiteur. Or la femme est créancière du mari. A moins qu'on ne prétende lui faire une situation moins favorable qu'aux autres créanciers, ce qui serait en opposition avec tout le système du Code, pourquoi n'aurait-elle pas hypothèque sur les biens communs? Par « les biens du mari », dans l'article 2121, il faut entendre ceux qui sont susceptibles d'être hypothéqués par lui ou de son chef. Or les biens communs sont de ce nombre. Donc la femme, créancière du mari, doit avoir, comme tout autre créancier, hypothèque sur les conquêts dans la mesure du droit du mari ¹.

688. Cependant beaucoup pensent — et la jurisprudence leur a donné raison au moins en partie — que les règles propres du régime de communauté s'opposent à ces conclusions. Tout le monde est d'accord sur le principe, si l'on tient compte seulement des règles du système hypothécaire; mais on cesse d'être d'accord sur les applications, à raison des règles spéciales du régime de communauté.

mariage, donation précipitaire d'une quote-part de ses biens, et que ce contrat a été transcrit: Agen 1^{er} mars 1895, D. P. 1895.II.369.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 383, texte et note 29, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1005. — Cass. 16 novembre 1847, D.P. 1848.I. 46, Sir. 1848.I. 25, — Colmar 1^{er} mars 1855, D.P. 1857. II.37, Sir. 1856.II.577, — Bordeaux 8 juin 1870, D. P. 1871.II.99, Sir. 1870.II.326.

D'après une opinion répandue, la réponse à la question posée dépend du parti que prendra la femme à la dissolution de la communauté, selon qu'elle se portera acceptante ou renonçante ¹.

a) *Supposons que la femme renonce.* Dans ce cas, il n'y a pas vraiment difficulté. Les biens de la communauté restent tous biens du mari (article 1492) ; il est censé en avoir toujours eu la propriété ; donc l'article 2121 s'applique purement et simplement. Si les immeubles existent encore aux mains du mari lors de la dissolution et qu'ils n'aient pas été hypothéqués par lui à d'autres, tout le monde ou à peu près admet cette solution. Pourquoi la solution serait-elle différente si les immeubles ont été aliénés ou hypothéqués par le mari au cours de la communauté ? Pourquoi la femme n'aurait-elle pas hypothèque sur ces biens, qui sont considérés comme ayant toujours et exclusivement appartenu au mari, pourvu que la date d'acquisition de son hypothèque soit antérieure à l'aliénation ou à la naissance des autres hypothèques ?

Telle est, en effet, la solution admise par la jurisprudence, qui est fixée à cet égard.

Mais des dissidences surgissent. On a soutenu que la femme n'a hypothèque sur les conquêts, même en cas de renonciation, ni au préjudice des tiers qui ont réalisé des acquisitions au cours de la communauté, ni au préjudice des créanciers. Le motif invoqué est que la femme aurait été représentée par le mari dans les actes relatifs aux biens communs, de sorte qu'elle ne pourrait en arrêter les effets ;

1. Cette solution était déjà acceptée dans l'ancien droit. Bourjon, *Droit commun*, liv. III, tit. X, 7^e partie, — *De la communauté*, ch. II, sect. X, n^o 136, — Renusson, *De la communauté*, part. 2, ch. III, n^o 47, — Lebrun, *De la communauté*, liv. III, ch. 3, sect. II, dist. 5, n^{os} 85 et suiv., — Pothier, *De la communauté*, n^o 568.

En droit moderne, voy. en ce sens : Bertauld, *Hypothèque légale des femmes mariées sur les conquêts de la communauté*, n^o 51, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^{os} 524 à 526, — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, II, n^o 1188, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 384, texte et note 30, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 371, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 81 bis X, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 98, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1006. — Cpr. Cass. 4 février 1856, D. P. 1856.I. 61, Sir. 1856.I.225, — Paris 13 juin 1874 et Cass. 26 janvier 1876, D. P. 1876. I.62, Sir. 1876.I.241, — Paris 6 juin 1882, Sir. 1885.II.116, — Pau 23 juin 1884, D. P. 1885.II.253.

les actes régulièrement accomplis à l'égard des biens communs lui seraient opposables ¹.

La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à ce scrupule, et on ne peut que l'approuver. Cette idée de représentation ne repose sur rien. En effet, la renonciation, aux termes de l'article 1494, fait disparaître la qualité de femme commune. La femme devient donc une étrangère, et ses droits sont complets. Elle a hypothèque sur tous les conquêts, aussi bien sur ceux qui ont été aliénés que sur ceux qui ne l'ont pas été.

b) Supposons que la femme accepte. Dans ce cas, la jurisprudence limite notablement l'hypothèque sur les conquêts. En acceptant la communauté, disent les arrêts, la femme confirme sa qualité de femme commune ; elle ratifie, en quelque sorte, les actes faits par le mari comme chef de la communauté, dans la limite des pouvoirs qu'il tient des conventions matrimoniales ; elle doit par conséquent les respecter et s'abstenir d'y porter atteinte.

De là une double conséquence.

1^o La femme n'a pas hypothèque sur les biens communs aliénés par le mari au cours de la communauté, fût-ce depuis la date à laquelle remonte l'hypothèque légale. En effet, agir contre les tiers détenteurs serait porter atteinte aux droits régulièrement transférés par le mari et confirmés par la femme en acceptant la communauté ².

2^o Elle ne peut se prévaloir de son hypothèque, sur les biens qui sont encore dans la communauté lors de la dissolution, au préjudice des créanciers auxquels ils auraient été hypothéqués pendant la communauté. En effet, prétendre à une collocation par préférence à ces créanciers serait encore porter atteinte à des droits régulièrement constitués par le mari.

En un mot, la femme acceptante n'a hypothèque que sous la réserve de ne porter aucune atteinte, en exerçant son hypothèque, aux droits acquis du chef du mari pendant la communauté.

1. Labbé, note dans Sir. 1876.1.241.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 385, note 31, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 370, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 98, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1007 ; — Colmar 1^{er} mars 1855, précité, — Paris 6 juin 1882, précité. — *Contra* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 526, — Bertauld, *op. laud.*, n^{os} 37 et suiv.

Dès lors, son hypothèque porte uniquement sur les biens de communauté qui sont mis, par l'effet du partage, au lot du mari ¹. Elle n'a le droit de l'invoquer qu'après le partage, qu'elle peut d'ailleurs provoquer, ou ses créanciers en son nom ².

Elle peut l'opposer : 1° aux créanciers ou acquéreurs soit du mari, soit de ses héritiers, dont le titre est postérieur à la dissolution de la communauté, car ce titre n'émane plus alors du mari considéré comme chef de la communauté, — 2° aux créanciers chirographaires de la communauté envers lesquels elle se sera libérée de sa part dans la dette ³.

Hors de là, l'hypothèque de la femme lui échappe au cas d'acceptation. En l'exerçant, elle porterait atteinte à des droits résultant d'actes qui la lient, car ces droits ont été constitués par le mari en vertu de pouvoirs que le contrat de mariage lui a donnés, et qu'elle a ratifiés en acceptant la communauté.

689. Pour nous résumer, voici quelles sont les décisions admises en jurisprudence.

En principe, la femme a hypothèque sur les conquêts, car le mari en est propriétaire par indivis.

Seulement, l'exercice du droit de la femme est subordonné au parti qu'elle prend après la dissolution quant à la communauté. Renonce-t-elle, son droit est complet; elle a hypothèque, et peut opposer son hypothèque soit aux créanciers hypothécaires, soit aux acquéreurs, pourvu bien entendu que la date de son hypothèque soit antérieure à celle des droits acquis par les tiers. Accepte-t-elle, son droit est limité; elle n'a pas hypothèque sur les biens aliénés pendant la communauté; elle n'a hypothèque que sur les immeubles mis au lot du mari, et encore ne peut-elle faire

1. On pourrait, à la rigueur, comprendre que la femme eût intérêt à avoir hypothèque sur les immeubles de communauté mis dans son lot. A supposer qu'un de ces immeubles eût été hypothéqué par le mari, la femme pourrait écarter le créancier hypothécaire si elle pouvait faire valoir une hypothèque légale ayant un rang préférable à celle consentie par le mari. Voy. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, p. 152. — Malgré cet intérêt possible, la femme n'a pas hypothèque sur les immeubles mis dans son lot, car ils sont réputés n'avoir jamais appartenu au mari.

2. Voy. Colmar 1^{er} mars 1855, précité.

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 387, — Cass. 16 février 1841, Sir. 1841. I. 550.

valoir cette hypothèque à l'encontre des créanciers ayant acquis hypothèque pendant la communauté.

690. En fait, cet ensemble de solutions conduit à des résultats pratiques très fâcheux.

Il en résulte une conséquence grave. Au cours du mariage, alors qu'on ignore le parti que la femme prendra plus tard, on est condamné au provisoire. Elle a hypothèque ; cela est acquis. Mais conservera-t-elle son hypothèque ? Personne ne peut le savoir. Et que fera-t-on dans le doute ?

Un immeuble commun est aliéné. Il faudra que l'acquéreur purge à tout événement. Si la femme renonce ensuite à la communauté, la purge aura été utile ; elle aura été superflue si la femme accepte plus tard. Que de frais en pure perte !

Un ordre s'ouvre. La femme sera colloquée éventuellement, mais à charge de consignation. A la dissolution de la communauté on verra si la collocation a été régulière ou irrégulière. En attendant, voilà le prix de vente des conquêts immobilisé, peut-être pour longtemps.

691. En droit, d'ailleurs, il y aurait beaucoup à dire contre cette idée que la femme, en acceptant la communauté, ratifie les actes du mari et s'enlève le droit de rien faire qui puisse y porter atteinte¹. Où cette règle est-elle exprimée ? Ce n'est pas à titre de mandataire de la femme que le mari aliène ou hypothèque les biens communs, mais comme chef de la communauté et en vertu des pouvoirs qu'il tient des conventions matrimoniales. La femme, de son côté, quand elle accepte ou renonce, exerce un droit qui lui est propre ; elle l'exerce non en se faisant juge des actes du mari, mais en consultant son seul intérêt personnel. N'est-il pas contraire à tout le système du Code quant à la condition de la femme qu'elle vienne ainsi accorder ou refuser sa ratification aux actes du mari ?

692. Quoi qu'il en soit, le système est toujours inexplicable en un point. Comment la femme mariée, dans l'intérêt

1. M. Thézard (*Privilèges et hypothèques*, p. 143) fait valoir en ce sens une considération très sérieuse. Si on part de ce principe que la femme, en acceptant la communauté, s'interdit de porter atteinte aux droits conférés par le mari, pourquoi lui accorde-t-on l'hypothèque légale à l'encontre des créanciers chirographaires de la communauté ? Si la règle est fondée, on ne voit pas comment les créanciers hypothécaires sont seuls à s'en prévaloir.

de laquelle la loi déroge si souvent au droit commun et qu'elle entoure de protections si exceptionnelles, aurait-elle moins de garanties qu'un créancier ordinaire ? Or un créancier ordinaire peut avoir hypothèque sur les biens dont le mari est copropriétaire, comme sur ceux dont il a la propriété exclusive.

693. Aussi certains interprètes, rejetant toutes ces distinctions, admettent-ils cette idée simple : la femme a hypothèque sur les biens communs dans les conditions où tout autre créancier du mari pourrait avoir hypothèque, et elle peut opposer son hypothèque soit aux acquéreurs, soit aux créanciers hypothécaires, toutes les fois que son titre est antérieur au leur ¹.

694. Voilà donc ce que l'article 2121 entend par « les biens « du mari ». L'hypothèque est générale ; elle atteint tous les immeubles du mari : ceux qu'il possède ou qu'il acquerra, ceux dont il est exclusivement propriétaire et ceux dont il est copropriétaire dans la mesure où ils lui appartiennent.

B. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DES MINEURS ET INTERDITS.

695. En quel sens cette hypothèque est-elle générale ?

La règle est ici très simple.

L'hypothèque des mineurs et interdits est générale ; donc elle affecte tous les biens qui appartiennent au tuteur lors de son entrée en fonctions et tous ceux qu'il acquerra ensuite, à mesure qu'ils entreront dans son patrimoine, même après la cessation de la tutelle, tant que les comptes n'auront pas été rendus, apurés et soldés ².

Mais elle ne s'étend pas aux biens des héritiers du tuteur.

Notons enfin que l'hypothèque survit même au compte de tutelle, fût-il soldé, pour tous les redressements dont il est susceptible, pendant les dix ans qui suivent la majorité ³.

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 526 et 529.

2. Sur les comptes de tutelle, voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 522 et suiv.

Conformément au principe de l'indivisibilité, l'hypothèque du mineur et de l'interdit grève chacun des immeubles du tuteur pour la totalité des créances qui leur appartiennent : Cass. 16 avril 1889, D. P. 1890. I. 181.

3. En ce sens, Cass. 9 août 1882, Sir. 1883. I. 402. — L'hypothèque légale disparaît avec la tutelle lorsqu'il résulte des circonstances que, par suite d'un nouvel accord entre les parties, il s'est opéré une interversion du titre au-

En effet, aux termes de l'article 475, toute action de l'examineur contre son tuteur, à raison des faits de la tutelle, se prescrit par dix ans à compter du jour de la majorité¹; si l'hypothèque était inscrite, la réduction n'en pourrait pas être demandée avant les dix ans. Quelle charge pour les tuteurs et quelle atteinte prolongée à leur crédit!

C. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DE L'ÉTAT ET DES
ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.

696. La règle est également simple en ce qui les concerne. L'Etat et les établissements publics ont hypothèque sur tous les biens présents et à venir des comptables.

Il est vrai qu'ils ont privilège sur quelques-uns de ces biens depuis la loi de 1807², de sorte que l'hypothèque ne porte pas absolument sur tous. Mais tous sont affectés par sûreté réelle. La garantie est donc aussi générale que possible.

II. *Pourquoi les hypothèques légales de l'article 2121
sont générales.*

Conséquences pratiques de cette généralité.

697. Pourquoi le législateur a-t-il dérogé, pour les hypothèques légales de l'article 2121, au principe de la spécialité? La cause de la dérogation au droit commun est plus sérieuse que pour les hypothèques judiciaires.

La dérogation tient à ce que l'hypothèque garantit des créances éventuelles, nécessairement variables quant à leur nombre et indéterminées quant à leur quotité. Ni pour la femme, ni pour les mineurs ou interdits, ni pour l'Etat et les établissements publics on ne peut dire, jusqu'au dernier moment, quel sera plus tard le chiffre de leurs créances. Elles ne sont pas seulement éventuelles et indéterminées; leur nombre et leur quotité sont mobiles. Par exemple,

quel l'ancien tuteur a continué de gérer. La question doit se résoudre en fait. L'hypothèque existe si les actes du tuteur sont la continuation de sa gestion tutélaire, non s'ils impliquent un mandat d'administration à lui confié par l'ex-pupille. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 366, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 502, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 119, — Demolombe, *Minorité*, II, nos 27 à 29, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1193; — cpr Pau 19 août 1850, D. P. 1851. II.5, Sir. 1850.II.587, — Rouen 29 mars 1870, D. P. 1873.II.70.

1. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 530.

2. *Suprà*, p. 15 et 95-96.

telle femme n'a pour le moment aucune reprise, qui demain peut en avoir ; il suffit pour cela qu'un propre soit aliéné sans qu'il soit fait remploi du prix. Telle autre a des reprises actuellement, qui demain n'en aura plus, si un emploi ou un remploi est opéré. Alors, pour que l'hypothèque soit une garantie suffisante, sûrement et à tout événement, la loi la confère avec toute l'étendue possible ; l'hypothèque est générale.

698. De cette généralité découle une double conséquence.

1° Pour les hypothèques légales de l'article 2121 de même que pour l'hypothèque judiciaire, une inscription par bureau suffit.

2° Dans les inscriptions à prendre pour conserver ces hypothèques — et ceci marque bien nettement le point de vue auquel s'est placé le législateur — il n'est plus besoin d'évaluer le chiffre éventuel des créances (article 2153). En effet il est impossible de connaître ce chiffre, et c'est précisément parce qu'on ne le connaît pas qu'il a fallu faire brèche à la règle de la spécialité, sous peine de ne donner aux créanciers qu'une sûreté illusoire.

699. Voilà en quel sens et pourquoi les hypothèques légales de l'article 2121 échappent à la règle de la spécialité. Telles sont les conséquences de cette dérogation au droit commun.

700. Ajoutons une dernière observation.

De même que les hypothèques judiciaires, les hypothèques légales de l'article 2121, si elles sont générales en principe, ne restent pas nécessairement telles. La loi fournit aux intéressés, c'est-à-dire aux débiteurs, un moyen de reconstituer leur crédit inutilement atteint en ramenant les hypothèques de l'article 2121 au régime de la spécialité. Il peut y avoir lieu, en ce qui les concerne, à restriction ou à réduction.

Si on donne aux hypothèques légales de l'article 2121 une étendue exceptionnelle, cela tient — nous venons de le voir¹ — à ce qu'elles garantissent des créances éventuelles et indéterminées. Or il se peut, même en faisant toute la part convenable à l'imprévu, que la sûreté ainsi établie soit

1. *Suprà*, n° 697.

manifestement hors de proportion avec les droits possibles du créancier. Il est rationnel alors qu'on la ramène à la mesure utile, qu'on la restreigne dans des limites convenables, afin de dégrever le crédit du débiteur compromis sans raison.

Il est de principe que l'exception tend toujours à rentrer dans la règle ; or, dans les idées modernes, la généralité est une exception. L'article 2122, après avoir consacré le caractère général des trois hypothèques légales de l'article 2121, ajoute : « sous les modifications qui seront ci-après exprimées. » Ces mots font précisément allusion à la restriction et à la réduction des hypothèques dont il s'agit.

Les textes du Code civil emploient à peu près indifféremment les deux mots « restriction » et « réduction ». Ainsi font, par exemple, les articles 2144 et 2145.

Mais les textes ont tort de prendre ainsi les deux mots l'un pour l'autre, car ils ne sont pas synonymes, comme on peut s'en convaincre en rapprochant les articles 2144 et suivants des articles 2161 et suivants. Au sens exact des mots, la restriction s'applique au droit même d'hypothèque, tandis que la réduction s'applique aux inscriptions prises en vertu de l'hypothèque ; on restreint une hypothèque générale, et on réduit les inscriptions prises de cette hypothèque ¹.

Par quel procédé ? C'est ce qui nous reste à voir.

Les procédés varient selon qu'il s'agit de l'hypothèque des femmes mariées, de celle des mineurs et interdits, ou de celle de l'Etat et des établissements publics. Ces trois hypothèques légales sont les seules à propos desquelles il puisse être question de restriction ou de réduction, puisqu'elles sont les seules générales ².

A. — HYPOTHÈQUE LÉGALE DES FEMMES MARIÉES.

701. L'hypothèque légale des femmes mariées peut être restreinte de deux manières : conventionnellement et judiciairement.

702. 1^o Elle peut être restreinte conventionnellement, c'est-

1. D'après MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes (*Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1017), la restriction serait le cantonnement de l'hypothèque légale opéré à l'origine, au moment où elle prend naissance ; la réduction serait le dégrèvement opéré après coup. Mais cela n'est dit nulle part.

2. *Suprà*, p. 153 et 154.

à-dire par le contrat de mariage, par conséquent avant le mariage (article 2140)¹.

L'hypothèque est alors limitée d'un commun accord entre les deux intéressés. La convention portant sur ce point sera discutée comme toute convention matrimoniale; on calculera les droits actuels de la femme, on évaluera ses droits probables et finalement on limitera l'hypothèque en conséquence. La solennité de l'acte assure l'indépendance de la femme, et la convention fait loi.

L'article 2140 détermine sous quelles conditions et dans quelle mesure l'hypothèque peut être restreinte par ce moyen.

Il limite le droit des parties sous deux rapports.

1° L'hypothèque ne peut pas être détruite (article 2140 *in fine*), mais seulement restreinte et spécialisée. La loi, d'ailleurs, ne fixe pas de limite *minima*; elle décide seulement que la restriction ne peut pas aller jusqu'à la suppression².

2° La convention qui intervient à ce sujet n'est valable que si elle intervient entre époux majeurs. Le texte est formel.

Pourquoi cette condition?

On se l'explique à la rigueur en ce qui concerne la femme, dont les garanties légales vont se trouver diminuées. Encore aurait-il fallu assimiler à la femme majeure la femme dûment assistée, conformément au principe posé par l'article 1398. Mais l'assimilation n'a pas été faite. Dès lors il est difficile d'admettre que la femme mineure, même autorisée dans les conditions de l'article 1398, puisse consentir par contrat de mariage une restriction de son hypothèque légale; si on l'admettait, l'article 2140 n'aurait plus de sens³.

1. Cette restriction ne peut résulter d'aucun autre acte que le contrat de mariage, fût-il authentique et antérieur à l'union des époux : Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 549.

2. Il y aurait suppression si l'hypothèque légale était cantonnée sur des immeubles du mari que la femme se réserverait d'indiquer au cours du mariage : Nîmes 4 mai 1888, D.P. 1889.II.195, Sir. 1889.II.238. — Il en serait de même si l'hypothèque était cantonnée sur la part indivise du mari dans un immeuble; car, par l'effet du partage, l'immeuble peut tomber dans un autre lot que celui du mari, auquel cas l'hypothèque de la femme disparaît : Cass. 9 mars 1886, D.P. 1886.I.353 (note de M. Flurer), Sir. 1888.I.241 (note de M. Labbé), — 16 avril 1888, D.P. 1888.I.249, Sir. 1888.I.216.

3. *Sic*, Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 351, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 390 et 391, texte et note 42, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 100, — Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 304; — Cass. 19 juillet 1820, Sir. 1820.I.356, — Limoges 2 avril 1887, Sir. 1888.V.216.

Quant au mari, la condition de majorité ne s'explique plus du tout en ce qui le concerne. Il ne peut que gagner à la restriction de l'hypothèque, et on ne voit pas, dès lors, de raisons pour exiger de lui des conditions spéciales de capacité. Aussi beaucoup d'auteurs¹ croient-ils pouvoir n'exiger la majorité que de la part de la femme, bien que l'article 2140 dise : « les parties majeures », au pluriel. Mais si l'on fait tant que de toucher au texte, il vaudrait mieux n'en tenir aucun compte, et se référer au droit commun tel qu'il résulte de l'article 1398 ; l'article 2140, en exigeant que les parties soient majeures, sous-entendrait cette idée complémentaire : sauf à elles, si elles sont mineures, à se faire habilitier conformément au droit commun.

703. 2° L'hypothèque légale des femmes peut être restreinte judiciairement, c'est-à-dire par décision de justice à la demande du mari.

Cette restriction est seule possible au cours du mariage. C'est aussi la seule qui soit possible au cas de minorité des époux, du moins au cas de minorité de la femme, pour ceux qui n'exigent pas la majorité de la part du mari.

Au moment de la rédaction du contrat de mariage, le mari n'avait pas songé à dégrever sa fortune immobilière en restreignant l'hypothèque de la femme ; c'est seulement au cours du mariage qu'il éprouve le besoin de le faire, soit pour contracter un emprunt, soit pour vendre un de ses immeubles sans que l'acquéreur soit obligé de purger. Ou bien l'exagération de la garantie hypothécaire de la femme ne devient manifeste qu'après le mariage, soit que la fortune immobilière du mari ait augmenté, soit que les droits de la femme aient diminué au delà des prévisions premières : par exemple, elle était créancière et elle a fait emploi ou remploi. Dans tous ces cas, il est bon que la faculté soit réservée au mari de faire restreindre par jugement l'hypothèque légale de la femme. De là l'article 2144.

Cette restriction judiciaire est encore, en un certain sens, conventionnelle, car elle ne peut s'opérer que de l'accord

1. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 390, texte et note 41, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 111 bis III, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 100. — *Contra* : Clément, *Questions pratiques sur l'hypothèque légale de la femme*, n^o 37.

des parties : « Pourra pareillement le mari, du consentement de sa femme..... », dit l'article 2144 ¹.

Mais ce consentement ne suffit pas. Le législateur a voulu mettre la femme à l'abri des insistances intéressées du mari, du penchant qu'elle pourrait avoir à céder pour ne pas montrer de défiance envers lui. Aussi la restriction n'est-elle admise que sous trois conditions.

1° Il faut que l'hypothèque n'ait pas été restreinte déjà par contrat de mariage ². Cette condition n'est pas exigée d'une manière expresse par l'article 2144. Mais l'article 2143 l'exige à propos de l'hypothèque du mineur, qui ne peut plus être restreinte au cours de la tutelle quand elle l'a été déjà par l'acte de nomination du tuteur ; et la rédaction même du début de l'article 2144 (ne pourra *pareillement*) semble indiquer que le régime est le même pour l'hypothèque de la femme. La règle, d'ailleurs, est aussi peu rationnelle dans un cas que dans l'autre, car la situation peut avoir changé depuis l'ouverture de la tutelle ou le commencement du mariage.

2° Il faut que les quatre plus proches parents de la femme aient été consultés sur l'opportunité de la restriction (article 2144) ³.

3° La restriction doit être prononcée par jugement, « après avoir entendu le procureur de la République et contradictoirement avec lui », dit l'article 2145.

704. Que la restriction ait été convenue par contrat de mariage ou qu'elle résulte d'un jugement rendu à la requête

1. Cass. 9 mars 1886, D. P. 1886.I.353 (note de M. Flurer), Sir. 1888, I.241 (note de M. Labbé), — Bordeaux 4 août 1891, D. P. 1894.I.113.

2. Mais l'article 2144 ne fait pas obstacle à ce que l'hypothèque soit restreinte judiciairement après avoir déjà fait l'objet d'une première réduction au cours du mariage : Agen 28 décembre 1887, Sir. 1889.II.194.

3. Cette assemblée de parents ressemble beaucoup à un conseil de famille, et les règles relatives à la composition du conseil de famille sont applicables, notamment celles de l'article 407 : Agen 28 décembre 1887, Sir. 1889.II.194, — Trib. du Puy 1^{er} mars 1888, D. P. 1891.I.313.

Mais il y a des différences. D'abord l'assemblée de parents est moins nombreuse que le conseil de famille. D'autre part, son avis, n'étant pas exécutoire, n'est pas susceptible d'un recours en justice : Chambéry 28 mars 1874, D. P. 1875.I.39. C'est seulement quand le tribunal sera appelé à statuer sur la restriction que les intéressés pourront critiquer la composition de l'assemblée : Trib. du Puy 1^{er} mars 1888, précité.

du mari au cours du mariage, elle peut se produire sous deux aspects.

Tantôt il est convenu ou décidé que l'hypothèque ne portera que sur un immeuble ou sur certains immeubles. C'est la restriction par cantonnement ; l'hypothèque est cantonnée sur certains immeubles du mari et les autres se trouvent affranchis.

Tantôt il est convenu ou décidé que l'hypothèque ne portera pas sur certains immeubles désignés, les autres restant grevés. C'est la restriction par voie d'exclusion.

Les deux manières de procéder aboutissent, en définitive, au même résultat pratique. Si les inscriptions n'ont pas encore été prises, il ne pourra pas en être pris sur les immeubles dispensés ; si elles ont été prises, il y a lieu de les rayer (article 2145 *in fine*).

Cependant il y a un intérêt pratique à distinguer suivant que la restriction a lieu par cantonnement ou par exclusion. Cet intérêt se présente relativement aux formalités de l'inscription. Dans le cas de cantonnement, l'hypothèque devient spéciale au point de vue de l'inscription ; au contraire, elle reste générale dans le cas d'exclusion¹.

705. Dans les deux cas, soit avant soit pendant le mariage, le consentement de la femme est une condition indispensable pour la restriction.

Il y a discussion sur le point de savoir si le mari a légalement un moyen d'obtenir la restriction malgré le refus de la femme. La question ne se pose pas en ce qui concerne la restriction avant le mariage ; car, à défaut d'accord, les parties ont toujours la ressource de ne pas se marier. Mais supposons que l'étendue excessive de l'hypothèque se manifeste seulement après le mariage, ou que le besoin pour le mari de restreindre l'hypothèque se révèle seulement au cours du mariage ; supposons de plus, mettant les choses au pis, que la femme ne se refuse à la restriction que par une crainte sans fondement ou même par esprit de taqui-

1. Qu'elle ait lieu par voie de cantonnement ou d'exclusion, la restriction ne produit pas des effets irrévocables. Si les circonstances l'exigent, on peut revenir sur la restriction opérée. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 657, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 115 bis III, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1037 ; — cpr. Paris 10 février 1857, D. P. 1857.II.125, Sir. 1857.II.124, — Paris 30 août 1873 et Cass. 28 avril 1875, D. P. 1875.I.316, Sir. 1875.I.304.

nerie, en un mot sans motif. La loi donne-t-elle au mari le moyen de vaincre la résistance de la femme ?

L'article 2144 exige en termes formels le consentement de la femme. Mais existe-il quelque autre expédient ?

Le doute est possible pour deux raisons.

D'abord, il serait désirable que le mari pût vaincre une résistance systématique, qui peut lui être très dommageable sans utilité pour la femme.

D'autre part, en dehors du mode de restriction prévu par les articles 2140 et 2144, il en existe un autre, qui est prévu par l'article 2161 sous le nom de réduction des inscriptions : « Toutes les fois que les inscriptions prises par un créancier « qui... aurait droit d'en prendre sur les biens présents ou « sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation conve- « nue, seront portées sur plus de domaines différents qu'il « n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en « réduction des inscriptions, ou en radiation d'une partie « en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au « débiteur.... »

La fin du texte ajoute que la disposition n'est pas applicable aux hypothèques conventionnelles ; et cela va de soi, puisqu'elles ne sont pas générales ¹. Mais, en dehors de cette exception, l'article 2161 s'applique à toutes les hypothèques.

Il s'applique certainement aux hypothèques générales soumises à l'inscription : hypothèque judiciaire ² et hypothèque légale de l'Etat. Tant qu'elles ne sont pas inscrites, ces hypothèques n'ont aucune valeur ; une fois l'inscription prise, le débiteur a le bénéfice de l'article 2161.

Maintenant cet article est-il applicable à l'hypothèque des femmes ?

Rationnellement, il n'y a aucune raison pour qu'il ne soit pas applicable ; il y en a, au contraire, de très sérieuses pour qu'il le soit. L'intérêt général exige que le crédit im-

1. Du moment que la spécialité des hypothèques conventionnelles est l'obstacle qui empêche qu'on leur applique l'article 2161, il n'y a pas de raison pour ne pas regarder ce texte comme applicable dans le cas spécial de l'article 2130 (*suprà*, nos 663 et 664, p. 142 et 143). Le débiteur pourrait demander la réduction si le créancier avait pris des inscriptions successives sur plus d'immeubles qu'il n'était utile pour la sûreté de la créance. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 649.

2. *Suprà*, n^o 677.

mobilier soit ménagé, qu'il ne soit pas entamé sans besoin; l'intérêt individuel du mari exige que ses immeubles soient affectés seulement dans la mesure où cela est utile à la femme. Pourquoi les tribunaux ne pourraient ils pas faire céder la résistance de la femme quand elle est injustifiable ou mal intentionnée? Le système serait celui-ci : ou bien l'hypothèque n'est pas inscrite, et il y a lieu à restriction (article 2144), ou bien elle est inscrite, et alors il y a lieu à la réduction de l'article 2161.

La thèse a été soutenue. L'article 2144 indiquerait la forme à suivre quand la femme donne son consentement. Le mari pourrait invoquer l'article 2161 quand la femme ne consent pas. Les deux dispositions se complèteraient l'une l'autre¹.

Mais, si on se place au point de vue des textes, il est difficile, sinon impossible d'appliquer simultanément les deux articles, l'un ne donnant au mari le droit de demander la restriction qu'avec le consentement de la femme (article 2144), l'autre lui permettant de l'obtenir sans ce consentement (article 2161). L'application simultanée de ces dispositions serait contradictoire².

La jurisprudence l'a reconnu par de nombreux arrêts³. Le système de la jurisprudence est celui-ci. Le procédé de restriction prévu aux articles 2140 et 2144 est le seul qui soit applicable à l'hypothèque de la femme. Celui qui est indiqué par l'article 2161, sous le nom de « réduction des inscriptions » n'est applicable qu'aux hypothèques générales soumises à l'inscription : hypothèque judiciaire, hypothèque de l'Etat, hypothèque conventionnelle au cas de l'article 2130⁴. Ajoutons que l'article 2161 devient applicable aux hypothèques dispensées d'inscription quand elles ont été inscrites.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 648 à 650, — Paris 16 juillet 1813, Sir. 1814.II.33, — Nancy 26 août 1825, Sir. 1826.II.149, — la Réunion 11 mai 1861, D. P. 1861.II.232, Sir. 1861.II.468.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 559, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 115 bis I, — Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1028.

3. Paris 31 mai 1851, D. P. 1852.II.111, Sir. 1851.II.537, — Limoges 9 mars 1859, D. P. 1859.II.155, Sir. 1859.II.449, — Cass. 2 juin 1862, D. P. 1862.I.358, Sir. 1862.I.261, — Agen 19 mars 1863, D. P. 1863.II.51, Sir. 1863.II.116, — Caen 26 décembre 1867, D. P. 1868.II.212, — Cass. 23 juin 1868, D. P. 1868.I.318, Sir. 1868.I.393, — 9 mars 1886, D. P. 1886.I.353 (note de M. Flurer), Sir. 1888.I.241 (note de M. Labbé).

4. Voy. la note 1 de la page précédente.

706. Notons, pour terminer, que l'article 2144 cesse, bien entendu, d'être applicable, dans deux cas.

1^o Quand le mariage est dissous, la femme devenue maîtresse de ses droits ou ses représentants peuvent restreindre l'hypothèque légale, d'accord avec le mari ou ses représentants, sans être soumis aux conditions imposées par l'article 2144¹.

2^o Le mari survivant ou ses héritiers peuvent, après la dissolution du mariage, user de la même faculté et exercer l'action en réduction dans les termes de l'article 2161. La situation a changé; le droit commun, auquel il était fait exception à raison de considérations tenant à l'existence du mariage et à la situation respective des époux, reprend son empire; l'article 2144 cesse d'être applicable².

B. — HYPOTHEQUE LÉGALE DES MINEURS ET INTERDITS.

707. Le système est le même que pour l'hypothèque des femmes, sauf en un point.

L'hypothèque peut être restreinte conventionnellement au début de la tutelle (article 2144), et judiciairement au cours de la tutelle (article 2143).

La différence est que la restriction ne procède plus ici d'un accord entre les intéressés³; l'autorité judiciaire est l'arbitre entre les désirs du tuteur et l'intérêt du mineur ou de l'interdit. La restriction est, par conséquent, plus facile à obtenir. La question qui se pose en ce qui concerne la femme, sur le point de savoir si son hypothèque légale est susceptible de réduction dans les termes de l'article 2161, ne se pose pas ici.

C. — HYPOTHEQUE LÉGALE DE L'ÉTAT ET DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS.

708. En ce qui concerne cette hypothèque, il n'existe aucune disposition analogue soit aux articles 2140 et 2144 relatifs à l'hypothèque des femmes, soit aux articles 2141 et 2143 relatifs à celle des mineurs et interdits. L'article 2161 est par conséquent le seul texte applicable.

Aussi bien, l'hypothèque de l'Etat et des établissements

1. Voy. *suprà*, n^o 704. — *Sic*: trib. d'Annecy 20 décembre 1885, *La Loi* du 6 août 1886.

2. Trib. de la Seine 29 décembre 1881, *Le Droit* du 28 octobre 1882.

3. Cpr. *suprà*, n^{os} 702 et 703.

publics est soumise à l'inscription ; la situation est donc la même qu'en matière d'hypothèque judiciaire.

La réduction, d'ailleurs, est rarement demandée en fait, car l'État n'use ordinairement de ses droits que dans la mesure de son intérêt bien entendu et sans excès.

§ 3. — Toutes les hypothèques ne sont pas également soumises à la règle de l'inscription, c'est-à-dire de la publicité.

709. Du moins, elles n'y sont pas soumises de la même manière. Le rang de collocation à l'ordre se détermine par des procédés différents suivant qu'il s'agit des unes ou des autres.

Les unes sont pleinement soumises à la nécessité de l'inscription, de sorte que le créancier ne peut se prévaloir de son hypothèque qu'à la condition de l'avoir inscrite, et n'a rang qu'à la date de l'inscription. D'autres sont occultes, en ce sens que le créancier peut se prévaloir de son hypothèque sans l'avoir inscrite, et a rang de collocation indépendamment de l'inscription.

Sur quoi repose la distinction ? D'où vient-elle ? Dans quelle mesure exacte est-elle admise ?

710. Dans les idées modernes, la publicité en matière d'hypothèques, de même que la spécialité, est regardée comme un principe essentiel.

Les deux règles de la spécialité et de la publicité ont d'ailleurs le même fondement ; elles répondent à la même préoccupation : celle du crédit. Par la spécialité, la loi avise à ménager le crédit immobilier, à ne l'engager ou à ne permettre de l'engager que dans la mesure nécessaire et utile. Par la publicité, elle avise à ce que l'hypothèque ne devienne pas, en restant occulte, un piège pour ceux auxquels on l'opposerait : les autres créanciers du débiteur commun, à raison du droit de préférence, — les tiers acquéreurs de l'immeuble affecté, à raison du droit de suite.

711. Les deux règles sont dues au droit moderne. Car la notion du crédit est vraiment une idée moderne.

Cependant l'une a devancé l'autre ; on a compris la nécessité de la publicité plus tôt que celle de la spécialité. Dès le XVII^e siècle, alors que rien ne menaçait encore le système

des hypothèques résultant de la forme des actes et par conséquent générales, deux ordonnances, l'une de Henri IV en 1606, l'autre de Louis XIV en 1673, essayèrent de réagir contre le péril des hypothèques occultes et de jeter les bases d'un régime de publicité. L'ordonnance de 1673 fut une des œuvres préférées de Colbert; elle instituait des « greffes « d'enregistrement », qui sont l'origine de nos conservations d'hypothèques. Mais ni Henri IV ni Louis XIV ne purent triompher des cabales formées par ceux qu'inquiétait la publicité des actes relatifs à la propriété foncière et qui étaient intéressés au maintien d'un régime de clandestinité toujours favorable au crédit immérité. L'ordonnance de 1673 fut attaquée comme funeste au crédit des familles et rapportée dès l'année suivante avant d'avoir été appliquée.

La Révolution fut plus heureuse. La loi du 9 messidor an III, qui maintenait encore le système des hypothèques générales, consacra formellement le système de la publicité. D'ailleurs, elle ne reçut pas d'exécution. Elle devait entrer en vigueur le 1^{er} nivôse an IV; mais le terme fut successivement et indéfiniment prorogé, de sorte qu'elle ne fut jamais appliquée¹.

Remise à l'étude, la réforme aboutit enfin avec la loi du 11 brumaire an VII. Cette loi a maintenu la règle de la publicité, déjà admise en l'an III; elle a, de plus, consacré le principe de la spécialité; de sorte que les deux idées ont fini par prendre place en même temps dans la pratique. C'est de cette loi que date le régime hypothécaire moderne, celui qui a été consacré par le Code civil.

712. Les hypothèques ne valent que par l'inscription. Voilà le droit commun, la règle applicable en principe à toutes les hypothèques: « Entre les créanciers, dit l'article « 2134, l'hypothèque, soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle, n'a de rang que du jour de l'inscription prise « par le créancier... »

Quelques hypothèques cependant sont encore occultes. C'est l'exception. Elle est indiquée par les derniers mots de l'article 2134: « sauf les exceptions portées en l'article suivant ». Celui-ci mentionne les deux seules exceptions

1. Telle est, au moins, l'opinion de la majorité des auteurs. Certains estiment cependant que la loi a peut-être été appliquée quelque temps. Voy. Rondel, *La mobilisation du sol en France*, p. 150.

qui soient admises ; il dispense d'inscription l'hypothèque des femmes, puis celle des mineurs et interdits.

Depuis le Code civil, la portée de l'exception a toujours été en diminuant. Diverses lois l'ont successivement restreinte ; ajoutons qu'elle va sinon disparaître, du moins être notablement restreinte encore par la réforme hypothécaire qui se prépare.

En effet, les dernières résistances ont disparu. Le principe de la publicité est unanimement reconnu comme le fondement nécessaire du crédit immobilier. Toute exception, à moins de précautions suffisantes, est fatale à la sécurité des droits réels immobiliers.

713. Dans le droit actuel, le principe est donc que les hypothèques n'ont pas de valeur sans l'inscription.

Il s'applique sans exception aux hypothèques conventionnelles, sans exception aussi aux hypothèques judiciaires. Quant aux hypothèques légales, il s'applique à quatre sur six : 1° à l'hypothèque de l'Etat et des établissements publics sur les immeubles des comptables, — 2° à celle du légataire sur les immeubles de la succession, — 3° à celle des créanciers de la masse sur les immeubles du failli, — 4° aux privilèges spéciaux sur immeubles dégénérés en hypothèques (article 2113).

L'exception concerne non pas les hypothèques légales, comme on le dit trop souvent, mais seulement deux d'entre elles : celle de la femme mariée sur les immeubles du mari, celle du mineur et de l'interdit sur les immeubles du tuteur.

Reprenons successivement : 1° la règle, pour en préciser exactement le sens et la portée, — 2° l'exception, pour en préciser les motifs et l'étendue.

I. — La règle.

714. Il résulte des articles 2134 et 2135 que les hypothèques soit légales (sauf deux), soit judiciaires, soit conventionnelles, ne valent que par l'inscription.

Qu'est-ce à dire ? Pour donner à la règle sa véritable portée, il faut ajouter : ne valent à l'égard des tiers.

715. Entre le créancier et le débiteur¹, l'hypothèque existe

1. Nous disons : entre le créancier et le débiteur ; car l'hypothèque est cons-

et produit ses effets en vertu de la cause qui lui donne naissance : la loi, le jugement ou l'acte judiciaire, la convention. Ces effets se produisent entre le créancier et le débiteur indépendamment de toute inscription ¹.

Il est vrai que les effets de l'hypothèque, dans les rapports entre le créancier et le débiteur, se réduisent à peu de chose. Il y en a cependant.

Le débiteur, propriétaire de l'immeuble, conserve en principe l'exercice des droits inhérents à la propriété. Il peut user de l'immeuble à son gré ; il peut en conserver la jouissance, le donner à bail, percevoir les fruits ; il en a la disposition et peut l'aliéner, le grever soit de servitudes, soit d'autres hypothèques.

Mais il ne peut faire, au détriment du créancier, aucun acte de disposition matérielle ou juridique ayant pour conséquence de diminuer la valeur de l'immeuble. Autrement, le créancier aurait le droit de sauvegarder ses intérêts compromis ou menacés, à l'aide de procédés qui varient selon les cas.

Ainsi, le propriétaire d'une maison hypothéquée commence à la démolir ; le propriétaire d'une forêt hypothéquée en entreprend la coupe avant le terme normal ; le propriétaire d'une ferme va en séparer un immeuble par destination. Les créanciers peuvent s'opposer à l'acte projeté, s'il excède les limites d'une sage exploitation, ou provoquer les mesures propres à défendre leurs droits.

De même encore, l'immeuble hypothéqué diminue de valeur par suite d'un fait quelconque émanant du débiteur ou d'un tiers, ou même par cas fortuit ou force majeure, au point de ne plus constituer qu'une garantie insuffisante. Le créancier peut exiger soit le remboursement de la créance, soit un supplément d'hypothèque (article 2131).

Ce sont là autant d'effets de l'hypothèque, autant de droits que le créancier invoque uniquement contre le débiteur,

tituée le plus souvent par le débiteur. Mais il peut arriver qu'elle soit constituée par un tiers, appelé alors caution réelle (*suprà*, p. 123) ; il faudrait donc dire, d'une façon plus générale : entre le créancier et le constituant.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 483, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 353, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, VI, n^o 730, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 137, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1439. — Cpr. Limoges 16 juin 1886, D. P. 1889. II. 31.

non contre les tiers. A ce point de vue, l'hypothèque vaut par cela seul qu'elle existe, dès qu'elle existe et indépendamment de toute publicité.

Il faut même aller plus loin. Puisque l'effet de l'hypothèque, entre le créancier et le débiteur, est indépendant de l'inscription, qui n'est requise qu'au regard des tiers, le débiteur, auquel le créancier oppose l'hypothèque, n'a aucun intérêt à contester soit la validité, soit l'efficacité de l'inscription. Cela lui est étranger et indifférent. D'où il résulte que le débiteur n'a pas qualité pour demander la radiation d'une inscription comme irrégulière ou incomplète, ou comme n'ayant pas été renouvelée en temps utile ¹.

Bref, dans les rapports entre le créancier et le débiteur, l'hypothèque vaut et produit ses effets indépendamment de l'inscription.

716. Mais il en est autrement à l'égard des tiers. L'hypothèque ne vaut à leur égard que par l'inscription (articles 2134 et 2166).

Par tiers il faut entendre ici non seulement les acquéreurs de l'immeuble affecté et les autres créanciers hypothécaires du débiteur commun, mais encore ses créanciers simplement chirographaires. En ce qui les concerne, l'hypothèque non inscrite n'a aucune valeur ².

Les conséquences sont les suivantes.

1^o Le créancier ne peut produire à l'ordre et y invoquer son droit de préférence que s'il a inscrit son hypothèque en temps utile. Nous retrouvons ici la règle relevée en matière de privilèges sur immeubles ³. On ne tient compte dans la distribution par voie d'ordre que des hypothèques inscrites ; par conséquent, le créancier hypothécaire qui ne

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 483 et 484, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 264, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 533 ; — Cass. 24 juillet 1855, D. P. 1855.1.396.

2. Les créanciers chirographaires sont des ayants-cause lorsqu'ils invoquent les droits de leurs débiteurs ; mais ils deviennent des tiers lorsqu'ils contestent une cause de préférence dont on se prévaut contre eux, parce qu'ils agissent alors en vertu d'un droit propre que leur accorde l'article 2134, lequel ne distingue pas entre les divers créanciers. *Sic* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 729, — Flandin, *Transcription*, II, n^o 1339, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 483, texte et note 3, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 101 bis II, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 137, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1440 ; — cpr. Cass. 17 août 1868, D. P. 1868.1.398, Sir. 1868.1.377.

3. *Suprà*, n^o 528, p. 32.

s'est pas fait inscrire vient seulement à la contribution en concours avec les créanciers chirographaires (articles 750 et suivants C. proc. civ.).

2° Le créancier hypothécaire n'a rang qu'à la date de son inscription (article 2134).

3° Il ne peut suivre l'immeuble hypothéqué entre les mains des tiers, soit par voie de saisie, soit par voie de surenchère (articles 2166 et 2185), qu'à la condition d'une inscription antérieure à l'aliénation.

4° Le créancier perd le bénéfice de son hypothèque si un des trois faits qui arrêtent le cours des inscriptions survient avant qu'il ne s'inscrive : aliénation de l'immeuble, faillite du débiteur ou liquidation judiciaire de ses biens, mort du débiteur suivie de renonciation à sa succession ou d'acceptation de celle-ci sous bénéfice d'inventaire (article 2146). Le créancier ne peut opposer son hypothèque aux tiers sans l'avoir inscrite ; donc il en perd le bénéfice s'il ne peut plus l'inscrire utilement¹.

Droit de produire, rang de collocation, droit de suite, ce sont là des effets de l'hypothèque au regard des tiers, subordonnés dès lors à l'inscription et à l'inscription prise en temps utile.

Le défaut d'inscription ne serait pas suppléé par la connaissance que les tiers auraient de l'hypothèque par toute autre voie. D'où il résulte que les tiers, à la différence du débiteur, peuvent contester la validité ou l'efficacité de l'inscription, car, celle-ci venant à disparaître, l'hypothèque cesse de leur être opposable. Ils peuvent donc l'attaquer comme nulle en la forme, soutenir qu'elle n'a pas été prise en temps utile, ou qu'elle est périmée faute de renouvellement en temps utile. Ce ne sont là que des déductions logiques d'un principe incontestable.

II. — L'exception.

717. Elle concerne seulement deux des hypothèques légales : celle de la femme mariée, puis celle des mineurs et interdits.

Isolons ces deux exceptions et commençons par l'hypothèque de la femme mariée. Aussi bien, les dispositions qui

1. *Suprà*, p. 33 et suiv.

la régissent sont applicables, sauf en un point, à l'hypothèque des mineurs et interdits. Un mot dès lors suffira pour cette dernière.

I. Hypothèque légale des femmes mariées.

718. L'hypothèque des femmes mariées existe indépendamment de toute inscription. Aussi est-elle dite occulte ou clandestine. Pourquoi est-elle occulte ? En quel sens ? Dans quelle mesure ? Telles sont les trois questions qu'il importe de résoudre.

PREMIÈRE QUESTION. — *Pourquoi l'hypothèque légale des femmes est-elle dispensée d'inscription ?*

719. Deux raisons en ont été données.

1^o L'hypothèque de la femme, a-t-on dit, ne serait qu'une garantie illusoire si elle était subordonnée à l'inscription, car le mari saurait bien empêcher sa femme de l'inscrire. Pour être vraiment efficace, il faut qu'elle existe indépendamment de toute inscription.

2^o D'ailleurs, ajoute-t-on, la publicité dont la loi entoure le mariage ne suffit-elle pas à révéler aux tiers l'existence de l'hypothèque ? Elle est une conséquence du mariage ; et il n'y a pas de raison pour subordonner cet effet particulier à des conditions de publicité que l'on juge superflues pour les autres. Tel est si bien le point de vue auquel la loi s'est placée qu'elle a fait de la clandestinité une cause de nullité absolue du mariage¹, pouvant être invoquée par tout intéressé, de sorte que les créanciers du mari pourraient se débarrasser de l'hypothèque de la femme en faisant annuler le mariage.

Ces raisons sont-elles décisives ? Il est permis d'en douter. Trop souvent des tiers se laissent induire en erreur, et la dispense d'inscription leur fait courir des dangers graves.

Afin d'obvier à cet inconvénient, deux lois postérieures au Code civil, celles du 23 mars 1855 sur la transcription et du 21 mai 1858 sur la saisie immobilière et les ordres, ont restreint le caractère occulte de l'hypothèque de la femme, et modifié profondément le régime institué en 1804.

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 363, 385 et 398.

La loi hypothécaire belge de 1851 et le Code civil italien sont allés plus loin ; ils ont supprimé la clandestinité ¹. Les projets de réforme du régime hypothécaire français tendent à l'amoinrir ².

DEUXIÈME QUESTION. — *En quel sens l'hypothèque légale des femmes est-elle dispensée d'inscription ?*

720. Il résulte de l'article 2135 que l'hypothèque des femmes existe et peut être invoquée contre les tiers indépendamment de l'inscription.

De là découlent les quatre conséquences suivantes.

Première conséquence.

721. La femme peut produire à l'ordre ouvert sur le prix d'un immeuble du mari et y faire valoir son droit de préférence sans justifier d'une inscription. En cela, l'article 2135 déroge aux règles de la procédure d'ordre, qui supposent toutes que les créanciers sont inscrits. Pour la femme, il suffit qu'elle soit créancière et qu'elle en justifie. Elle acquiert son hypothèque en même temps que sa créance, puisque cette hypothèque est légale ; et comme son hypothèque vaut indépendamment de toute inscription, elle peut l'exercer sans l'avoir inscrite, par conséquent produire utilement à l'ordre. La situation qui lui est faite est donc plus favorable même que celle des créanciers privilégiés.

Si les reprises sont exigibles, la femme est colloquée. Si elles ne sont pas exigibles, la femme sera encore colloquée ; mais les fonds seront consignés jusqu'à l'exigibilité.

Deuxième conséquence.

722. La femme peut exercer son droit de suite, soit en saisissant sur un tiers acquéreur, soit en faisant une surenchère du dixième au cas de purge, sans justifier d'une inscription. A cet égard encore, la situation de la femme est préférable à celle de n'importe quel créancier privilégié.

On a parfois contesté que l'hypothèque de la femme soit ainsi dispensée d'inscription quant au droit de suite ³. Mais il n'en faut pas douter.

1. Voy. P. Magnin, *op. laud.*, p. 78 et suiv., et p. 85.

2. *Ibid.*, p. 334 et suiv.

3. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 778 bis ; — Nancy 18 juillet

Sans doute l'article 2135, qui consacre le caractère occulte de l'hypothèque, n'a trait qu'au droit de préférence ; il déroge à l'article 2134, lequel règle seulement le droit de préférence. C'est l'article 2166 qui exige l'inscription quant au droit de suite, et aucun texte n'apporte à l'article 2166, en ce qui concerne le droit de suite, une exception analogue à celle qui est établie par l'article 2135 en ce qui concerne le droit de préférence.

Mais la dispense d'inscription n'en existe pas moins même quant au droit de suite. La preuve en est fournie par d'autres textes, notamment par l'article 2193. Cet article et les deux suivants organisent au profit des tiers, à l'encontre de la femme et aussi à l'encontre des mineurs et interdits qui sont assimilés à la femme sous ce rapport, un mode spécial de purge, la purge dite légale, plus exactement la purge des hypothèques non inscrites. La rubrique du chapitre IX, qui renferme les articles 2193 à 2195, est ainsi conçue : *Du mode de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscription sur les biens des maris et des tuteurs*. Or la purge est un moyen pour les tiers détenteurs de se soustraire aux conséquences du droit de suite. C'est donc que les créanciers à hypothèque occulte ont le droit de suite sans être obligés de s'inscrire ¹.

La démonstration est décisive.

En conséquence, il suffit que la femme ait été créancière du mari avant l'aliénation ou avant la transcription, selon les cas. L'hypothèque, qui est légale, a existé dès ce moment ; et puisque la femme peut exercer son hypothèque sans l'inscrire, elle peut suivre l'immeuble du mari aux mains des tiers, soit pour le saisir, soit pour faire la surenchère du dixième au cas de purge.

Troisième conséquence.

723. Les faits qui, d'après le droit commun, mettent obstacle à ce qu'une inscription soit prise, ne sont pas opposables à la femme, au moins tant qu'elle bénéficie du caractère occulte de son hypothèque. L'aliénation de l'immeuble,

1853, D. P. 1855.II.355, Sir. 1853.II.574, — Bourges 11 juin 1855 et Cass. 30 novembre 1858, D. P. 1859.I.74, Sir. 1859.I.398.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 508. — Cass. 14 décembre 1863, D. P. 1864.I.141, Sir. 1864.I.36.

la faillite ou la liquidation judiciaire du débiteur, la mort du débiteur suivie de renonciation à sa succession ou d'acceptation bénéficiaire demeurent sans effet quant à la femme. L'article 2146 ne lui est pas applicable ¹.

Quatrième conséquence.

724. Le rang de collocation de la femme est indépendant de l'inscription. Ce rang est fixé directement par la loi ; il est acquis légalement comme l'hypothèque elle-même.

Quel est-il ? Telle est la question qu'il reste à examiner. Elle fait l'objet de l'article 2135-2^o, l'un des textes les plus importants du titre *Des privilèges et hypothèques*, du moins au point de vue pratique.

725. Ce texte a un défaut reconnu. Pour déterminer le rang de l'hypothèque légale des femmes, il procède par prévision de cas particuliers, au lieu de formuler une règle générale. La conséquence inévitable est que la controverse reste possible dans les cas qui ne sont pas prévus expressément.

Toutefois, l'idée générale et la règle se dégagent suffisamment des applications qui en sont faites. Cette règle est la suivante.

L'hypothèque qui appartient à la femme par l'effet du mariage n'est qu'une expectative, une attente qui se réalise à mesure que la femme acquiert des droits contre son mari. L'hypothèque a rang à compter du moment où cette attente se réalise. Or elle se réalise, pour chacune des créances, à la date où cette créance prend naissance. Par conséquent, la femme sera colloquée pour ses diverses créances à leurs dates respectives. Cela revient à dire que la femme n'a pas, quant au rang, une hypothèque unique ; elle a autant d'hypothèques que de créances successivement acquises ; plus exactement l'hypothèque générale que la loi lui confère éventuellement se fractionne en autant d'hypothèques particulières que la femme a de droits distincts, et chacune prend rang à la date du droit garanti. De sorte que la femme prime, pour certaines de ses créances, des créanciers qui la priment au contraire pour d'autres.

Juridiquement, cette conception est logique. L'hypothèque

1. Cpr. *suprà*, p. 179.

que, droit accessoire, ne se comprend pas sans une créance garantie ; on ne concevrait pas un rang de collocation acquis indépendamment de la créance garantie et avant elle.

L'idée générale est donc que la femme doit être colloquée à autant de rangs différents qu'elle a de créances distinctes. Sans formuler cette règle en propres termes, l'article 2135 en fait des applications assez nombreuses et assez explicites pour qu'on puisse la dégager.

726. Les cas qu'il prévoit directement sont au nombre de quatre.

I

727. L'hypothèque garantit les créances qui résultent des conventions matrimoniales. Ainsi, la femme jouit d'une hypothèque pour la restitution de sa dot, pour la réalisation des avantages stipulés au contrat, pour les indemnités à raison des malversations ou des fautes commises par le mari dans l'administration des biens, en un mot pour tout ce qui lui est dû en exécution des conventions matrimoniales. En ce qui concerne ces diverses créances, elle sera colloquée à la date de la célébration du mariage : « à compter du jour « du mariage », dit l'article 2135-2° alinéa 1.

Toutefois, il existe à cet égard une certaine équivoque, parce que d'autres articles s'expriment d'une manière différente. D'après les articles 2194 et 2195, relatifs à la purge des hypothèques non inscrites, l'hypothèque daterait non du mariage, mais du contrat de mariage. D'où la question de savoir si la femme a rang, pour les droits découlant des conventions matrimoniales, à la date du mariage ou à celle du contrat de mariage. La question peut avoir une grande importance si des inscriptions ont été prises du chef du mari dans l'intervalle.

Jadis, on accordait hypothèque à la femme à la date du contrat de mariage ; c'était la conséquence du système général d'après lequel les actes authentiques emportaient hypothèque de plein droit pour les conventions qui y étaient consignées. C'est sous l'influence de ce souvenir qu'ont été rédigés les articles 2194 et 2195.

Mais il en est autrement de nos jours.

Le texte de l'article 2135 en fait foi. Cet article, qui a pour objet de fixer le rang, doit l'emporter sur l'article 2194,

qui ne s'occupe de la fixation du rang que d'une manière incidente.

D'autre part, cette solution est logique.

D'abord, elle est la seule possible quand il n'a pas été fait de contrat de mariage. L'absence de contrat n'empêche pas la femme d'avoir des reprises, car elle se trouve alors mariée sous le régime de la communauté légale. Elle n'y a droit que comme épouse, non comme future épouse ; par conséquent elle n'en devient créancière qu'à la date du mariage. Et on ne voit pas pourquoi il en serait autrement dans le cas où il a été fait un contrat de mariage.

D'ailleurs, il y aurait un inconvénient grave à ce que l'hypothèque fût acquise et prît rang à la date des conventions matrimoniales. Si le mariage est entouré d'une publicité qui révèle, dans une certaine mesure, l'hypothèque de la femme, le contrat de mariage ne la révélerait pas du tout¹ ; les tiers, créanciers du mari, risqueraient trop d'être trompés.

La jurisprudence, après quelques hésitations, s'est fixée définitivement en faveur de cette opinion, qui a rallié la grande majorité des auteurs².

II

728. L'hypothèque de la femme garantit les droits qu'elle peut avoir par suite des successions qui lui échoient au cours du mariage et dont il résulte des créances à son profit, puis par suite des donations et des legs qui lui adviennent pendant le mariage. L'hypothèque prend rang pour les successions et les legs à la date de l'ouverture de la succession, pour les donations à la date de la libéralité (article 2135-2^o alinéa 2).

1. Il est vrai que le contrat de mariage reçoit une certaine publicité depuis la loi du 10 juillet 1850. Mais cette publicité n'est acquise que par le fait de la célébration du mariage et du jour de cette célébration. Dans l'intervalle entre le contrat de mariage et la célébration du mariage, rien ne révèle extérieurement aux tiers l'existence de l'hypothèque légale.

2. En ce sens : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 753, — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, n^o 1965, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 402, texte et note 64, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 226, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1478. — Cpr. Caen 5 juin 1876, Sir. 1877.II.118, — Cass. 22 janvier 1878, D. P. 1878.I.154, Sir. 1878.I.306, — Grenoble 19 décembre 1893, D. P. 1895.II.140.

Contra : Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 578 et suiv. ; — Trib. de Montpellier 7 janvier 1870, D. P. 1871.III.7, Sir. 1871.II.100, — Grenoble 8 février 1879, D. P. 1880.II.149, Sir. 1880.II.69.

L'idée est toujours la même. La loi confère à la femme une hypothèque générale ; mais celle-ci ne se réalise et ne prend rang qu'au fur et à mesure que naissent les créances de la femme contre le mari.

III

729. Au cas de vente d'un propre de la femme sans emploi, la femme est créancière du prix, et l'hypothèque qui garantit cette créance prend rang du jour de la vente (article 2135-2° alinéa 3).

La règle est simple, logique. Elle est la même sous tous les régimes.

Cependant, la jurisprudence y a apporté deux dérogations, l'une commune à tous les régimes, l'autre spéciale au régime dotal.

1° Sous tous les régimes, quand le contrat de mariage contient une clause de emploi, en d'autres termes quand le emploi est obligatoire, la femme, à défaut de emploi, vient comme créancière non à la date de la vente, mais à la date du mariage ¹.

Cette solution est soutenable. En effet, dans ce cas, la femme ne vient pas précisément comme créancière du prix de son propre aliéné, mais plutôt comme créancière à raison d'une faute personnelle du mari. A tout le moins, elle a deux titres pour agir. Dès lors, elle agit en responsabilité contre le mari à raison de l'inexécution des conventions matrimoniales, autrement dit à raison des conventions matrimoniales. Par conséquent, elle se trouve dans l'hypothèse du premier alinéa de l'article 2135-2° et non dans celle de l'alinéa 3.

2° Sous le régime dotal, en cas de vente d'un immeuble dotal et quand même le contrat de mariage n'aurait pas stipulé le emploi, la femme est colloquée, pour le prix du bien dotal aliéné, à la date du mariage et non à celle de l'aliénation.

La jurisprudence se prononce en ce sens. Mais la solution est beaucoup plus contestable.

Elle se comprend sans peine quand l'immeuble a été aliéné en dehors des cas exceptionnels où l'immeuble dotal est alié-

1. Cass. 16 mai 1865, D. P. 1865.I.265.

nable. La femme peut alors, à son choix, ou agir contre l'acquéreur et faire révoquer l'aliénation, ou agir en responsabilité contre le mari qui est en faute. Si elle prend cette dernière voie, elle invoque les conventions matrimoniales, et on se trouve dans l'hypothèse prévue par le premier alinéa de l'article 2135-2°.

Mais si l'immeuble a été aliéné régulièrement, de telle sorte que la femme n'ait droit qu'au prix, pourquoi ne pas appliquer le troisième alinéa de l'article 2135-2° ?

On a objecté que cet alinéa 3 parle des propres de la femme. L'emploi de ce mot, dit-on, prouve que le législateur a songé au régime de communauté ou au régime sans communauté. Or il s'agit ici d'un cas de responsabilité de dot. Le mari est responsable en vertu du régime et, par conséquent, à la date du mariage.

Pure affirmation. Pourquoi est-ce plus un cas de responsabilité sous le régime dotal que sous les autres régimes ?

Cependant, la jurisprudence consacre généralement cette thèse dans les pays de dotalité ¹. La doctrine est divisée ².

IV

730. L'hypothèque légale garantit le paiement des indemnités dont le mari est tenu à l'égard de la femme lorsque celle-ci s'est obligée pour lui. La femme a rang, de ce chef, non à la date du paiement qu'elle fait et qui est la cause de son droit, mais à la date où la dette a été contractée, ce qui est l'origine de son droit. Si l'obliga-

1. Toulouse 12 juin 1860, D. P. 1861.II.35, Sir. 1860.II.545, — Cass. 16 mai 1865, D. P. 1865.I.265, Sir. 1865.I.345, — Riom 16 juin 1877, D. P. 1878.II.150, Sir. 1878.II.295, — Nîmes 28 janvier 1879, D. P. 1880.II.127, Sir. 1879.II.264, — Toulouse 18 novembre 1889, D. P. 1890.II.199, — Trib. d'Orange 17 février 1891, D. P. 1892.II.612, — Cass. 10 février 1892, D. P. 1892.I.118, Sir. 1892.I.181, — Pau 31 mai 1893, D. P. 1895.II.10, — Cass. 17 mars 1896, Sir. 1897.I.15.

Secus : Aix 17 août 1867, Sir. 1869.I.350, — Grenoble 23 novembre 1870, Sir. 1870.II.12, — Caen 29 novembre 1872, Sir. 1873.II.134.

2. Dans le sens de la majorité des arrêts : Tessier, *De la dot*, II, p. 305, — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 589 bis, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 767 et suiv., — et *Revue critique*, 1852, p. 386, — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, n° 1968.

Contra : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 407, texte et note 74, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 227, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1489 et 1490, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 105 bis VI.

tion est constatée par acte authentique, l'hypothèque légale date du jour même de l'acte, qui fait foi de sa date *erga omnes*, même à l'égard des créanciers du mari. Si l'engagement de la femme est constaté par acte sous seing privé, son hypothèque légale ne compte que du jour où l'acte a acquis date certaine conformément à l'article 1328; en effet, ceux à qui elle oppose son droit hypothécaire sont des tiers par rapport à elle ¹.

Cette observation a d'ailleurs une portée générale et s'applique à toutes les hypothèses où le rang de collocation de la femme est fixé par la date du fait juridique qui donne naissance à sa créance.

731. Tels sont les quatre cas prévus par la loi.

Maintenant, que décider dans tous les autres? C'est la difficulté annoncée dès le début et résultant du vice de rédaction de l'article 2135-2^o.

Il est certain que les solutions consacrées par l'article 2135, dans les quatre cas prévus, sont l'application d'une idée unique. L'idée est la suivante: le rang de l'hypothèque est déterminé, pour chaque créance, par la date de naissance de la créance.

La règle à suivre dans les cas douteux se dégage ainsi des applications qui en sont faites par la loi.

Malheureusement cela ne suffit pas encore à écarter toute difficulté, car il n'est pas toujours aisé de déterminer exactement la date de naissance d'une créance. Il est des créances qui se révèlent à la suite d'un fait donné, mais qui découlent indirectement d'un fait antérieur; de sorte que, tout en étant d'accord sur le principe, on peut hésiter sur les applications, qui sont nombreuses et diverses.

Donnons des exemples.

Premier exemple.

732. La femme a constitué tous ses biens en dot. Parmi ces

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 761, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 405, texte et note 70, — Larombière, *Obligations*, article 1328, n^{os} 33 et 34, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1484. — Cass. 5 février 1851, D. P. 1851.I.14, Sir. 1851.I.192, — Rouen 24 mars 1852, D. P. 1853.II.143, Sir. 1852.II.535, — Douai 29 janvier 1857, D. P. 1857.II.113, — Cass. 15 mars 1859, D. P. 1859.I.105, Sir. 1859.I.193, — 13 août 1870, D. P. 1870.I.126, — Bordeaux 1^{er} mars 1887, D. P. 1888.II.96, Sir. 1889.II.131.

biens figure une action à exercer : action en nullité, en rescision, en résolution. Le mari l'exerce, conformément aux règles du régime ; il réussit et opère ainsi une rentrée. La femme est créancière de la somme remboursée par suite du gain du procès. Son hypothèque prend-elle rang à la date du remboursement ?

On pourrait le croire, car c'est seulement alors que naissent vraiment la dette du mari et la créance de la femme. Mais le remboursement est effectué en vertu d'un droit antérieur, préexistant. Aussi faut-il décider que l'hypothèque prend rang à la date du mariage ¹. Le mari a exercé l'action en vertu des pouvoirs qu'il tient du contrat. Donc il s'agit d'une créance de la femme ayant son origine dans les conventions matrimoniales. Or « l'hypothèque existe au profit des femmes, dit l'article 2135-2^o, pour raison de leurs dot et conventions matrimoniales, ... à compter du jour du mariage ».

Deuxième exemple.

733. Une institution contractuelle, autrement dit une donation de biens à venir, a été faite au profit de la femme, pour lui tenir lieu de constitution de dot, par contrat de mariage et à titre de propre. Son droit à la restitution ² date-t-il du mariage ou du décès du constituant ?

On pourrait être tenté de croire que le droit de la femme et l'hypothèque qui garantit ce droit prennent rang à la date du mariage, parce qu'il s'agit de droits résultant des conventions matrimoniales. Mais il faut préférer la date du décès du constituant, parce que c'est à cette époque seulement que se réalise le droit de la femme, jusque là éventuel ³.

Troisième exemple.

734. Par suite de fautes que le mari a commises dans l'administration des propres de sa femme, il lui doit des récom-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 406, texte et note 72, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, p. 777. — Secus, Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 587.

2. La question a été discutée de savoir si l'hypothèque légale de la femme garantit l'institution contractuelle faite à son profit. Voy. dans le sens de la négative Chambéry 1^{er} mai 1874, D.P. 1875.I. 486, Sir.1875. II. 257 (note de M. Labbé). Mais l'affirmative est très généralement adoptée : Labbé, *loc. cit.*, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 377 et 378.

3. Chambéry 1^{er} juin 1877, *Le Droit* des 20 et 21 août 1877.

penses. Quelle est la date de l'hypothèque qui les garantit? On est tenté de soutenir que cette date est celle du fait imputable, car c'est à cause de ce fait et, par conséquent, depuis ce fait que la femme est créancière. Mais cette idée est inexacte. En effet, les pouvoirs du mari ont leur origine dans le régime matrimonial; l'administration du mari commence, et avec elle sa responsabilité, au jour du mariage. La femme acquiert, dès cette époque, une créance éventuelle, et l'hypothèque légale qui en est l'accessoire prend rang à cette date ¹.

Quatrième exemple.

735. Nous arrivons à l'hypothèse dans laquelle se sont manifestés les doutes les plus graves, les divergences d'opinions les plus nombreuses.

La femme est munie de l'hypothèque légale pour la garantie de ses valeurs paraphernales lorsque l'administration de ces valeurs appartient en fait au mari, soit sous le régime de la séparation de biens (article 1539), soit sous le régime dotal (article 1577) ². Mais à quelle date cette hypothèque prend-elle rang?

736. L'administration des paraphernaux peut se trouver aux mains du mari par suite de trois faits.

1° Il peut l'avoir en vertu d'un mandat conféré par une clause spéciale du contrat de mariage. Dans ce cas, l'hypothèque prend rang à la date du mariage. L'hésitation n'est guère possible. La femme est créancière par suite des conventions matrimoniales; son hypothèque doit donc remonter au jour du mariage ³.

2° L'administration des paraphernaux peut appartenir au mari en vertu d'un mandat donné ultérieurement. La femme a-t-elle hypothèque à la date du mandat, ou, comme au cas précédent, à la date du mariage? La plupart des auteurs admettent sans hésiter, et avec raison, que l'hypothèque alors prend date seulement au jour du mandat ⁴.

1. Cass. 27 décembre 1839, D. P. 1860.I.105, Sir. 1861.I.87, — Toulouse 18 juillet 1893, *Pandectes françaises*, 1894.II.46.

2. Cpr. *suprà*, n° 599, p. 89.

3. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 772, — Rodière et Pont, *Contrat de mariage*, III, n° 2029, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 410, texte et note 78, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 228, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1492; — Cass. 4 février 1868, D. P. 1868.I.57, Sir. 1868.I.113.

4. En effet, c'est seulement, à la date du mandat que le mari a pris l'enga-

3° Enfin il se peut que le mari ait pris l'administration sans pouvoirs réguliers. L'hypothèque a-t-elle rang à la date où le mari a pris l'administration, ou bien à la date du mariage ?

La question est très discutée.

Il a été jugé que l'hypothèque de la femme, pour ses valeurs paraphernales, a toujours rang à la date du mariage ¹. Cette opinion se fonde sur les articles 1539 et 1577, qui signalent l'administration des biens paraphernaux par le mari comme une conséquence sinon immédiate, du moins possible et prévue du régime. La responsabilité résultant indirectement des conventions matrimoniales, l'hypothèque doit prendre rang à la date de la célébration du mariage.

Mais cette solution est bien dangereuse pour les tiers ayants cause du mari. Ils savent qu'une partie seulement des biens de la femme est dotale ; et ils vont être primés pour des valeurs qu'ils avaient le droit de regarder comme ne pouvant donner lieu à aucune reprise de la part de la femme. Celle-ci augmente à son gré ses reprises et par suite son hypothèque. C'est une conséquence du régime à laquelle les tiers doivent s'attendre, mais dont il est impossible *a priori* de calculer la portée.

Donc l'hypothèque légale prend rang à la date du jour où le mari a pris en mains l'administration des paraphernaux ².

Cinquième exemple.

737. L'hypothèque garantit le recouvrement des frais

gement d'administrer les biens paraphernaux de sa femme et de lui rendre compte. Or le but de l'hypothèque légale n'est pas tant de garantir tel ou tel acte de gestion que d'assurer l'accomplissement de cette obligation générale du mari. Donc l'hypothèque légale ne saurait prendre naissance qu'au jour du mandat. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, 772, — Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 852, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 410, texte et note 78 bis ; — cpr. Cass. 4 février 1868, précité. — Seul, M. Baudry-Lacantinerie (*Précis de droit civil*, 6^e édition, II, n° 1637) fait remonter l'hypothèque légale au jour du mariage, même dans ce cas. Cette solution manque de logique, puisque ce n'est pas le contrat de mariage, en l'espèce, qui a conféré ces pouvoirs au mari.

1. Trib. de Florac 24 novembre 1865, sous Cass. 4 février 1868, D. P. 1868. I. 57, Sir. 1868. I. 113.

2. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 228, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 105 bis XIII, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1492, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 410. — Cpr. Cass. 1^{er} mai 1893, D. P. 1894. I. 57 (note de M. Planiol), Sir. 1894. I. 281 (note de M. Appert).

auxquels le mari est condamné à l'occasion d'instances en séparation de biens, en séparation de corps ou en divorce, pourvu que la décision ait été rendue en faveur de la femme ¹. Elle garantit également le service de la pension alimentaire qui lui est allouée soit par le jugement qui prononce la séparation ou le divorce, soit par un jugement postérieur ².

Quel est, dans ces divers cas, le rang de l'hypothèque légale ?

Pour les frais de la demande en séparation de biens, la jurisprudence les considère, en général, comme l'accessoire des créances qui appartiennent à la femme contre son mari et les colloque au même rang qu'elles ³.

Quant aux dépens de l'instance ayant abouti à faire prononcer la séparation de corps ou le divorce en faveur de la femme, l'hypothèque légale qui en garantit le remboursement doit prendre rang au jour de la célébration du mariage. En effet, ces dépens ont été faits pour obtenir un

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 372, texte et notes 9 et 10, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 981, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 96, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 105 bis XVI. — Cass. 4 février 1868, Sir. 1868.I.113, — Chambéry 1^{er} mai 1874, Sir. 1875.II.237, — Bordeaux 22 mars 1889, D. P. 1889.II.280, Sir. 1890. II. 52, — Cass. 25 juin 1895, Sir. 1895.I.348.

2. En ce sens : Laurent, *Principes*, XXX, n^o 346, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 981 ; — Nancy 3 juin 1882, Sir. 1882.II.248, — Cass. belge 2 juillet 1891, Sir. 1891.IV.30, — Dijon 16 juin 1893, D. P. 1894.II.25 (note de M. de Loynes), Sir. 1895.II.25 (note de M. Albert Wahl), — Dijon 4 juin 1894, D. P. 1894.II.334, Sir. 1895.II.25, — Douai 16 mai 1895, Sir. 1895.II.269, — Cass. 25 juin 1895, Sir. 1895.I.348.

En sens contraire : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 371, texte et note 8 bis, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 90, — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 418 bis ; — Grenoble 6 février 1868, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 471, — Lyon 16 juillet 1881, D. P. 1882.II.175, Sir. 1882.II.237, — Caen 21 août 1883, Sir. 1884.II.30, — Rouen 1^{er} février 1888, *Le Droit* du 17 septembre 1888, — Besançon 21 décembre 1894, D. P. 1895.II.230, Sir. 1895.II.28.

3. D'après une opinion, les frais de l'instance doivent être répartis, comme accessoires, entre les diverses créances de la femme, et participer au rang qui appartient à l'hypothèque légale pour chacune d'elles : Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 105 bis XV, — Toulouse 30 décembre 1891, D. P. 1892.II.95.

D'après un autre système, ces frais sont garantis par une hypothèque à date unique, et cette date est celle du mariage, parce que la séparation de biens est la sanction de l'engagement pris par le mari dans les conventions matrimoniales d'administrer en bon père de famille le patrimoine de sa femme : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1493, — Béziers 15 mai 1885, précité.

jugement qui sert de sanction au non-accomplissement des divers obligations et devoirs dont le mari est tenu comme tel ; or, ces obligations et devoirs, qui sont des effets du mariage, ont pris naissance à la date de la célébration du mariage ¹.

Il en est de même, pour des motifs identiques, de l'hypothèque légale qui assure le service de la pension alimentaire allouée à la femme à la suite de l'instance en divorce ou en séparation de corps ².

738. Arrêtons ici la série des cas douteux. Il y en a beaucoup d'autres, et les questions controversées abondent ; mais ce ne sont que des questions d'application. Sous la réserve des nuances d'espèces et des difficultés qui en résultent, la règle est unique : la femme a rang de collocation à la date de ses diverses créances contre le mari.

739. Voilà en quel sens l'hypothèque de la femme mariée est occulte. Elle est occulte en ce sens qu'elle peut être exercée et qu'elle a rang indépendamment de l'inscription, et aussi en ce sens que les faits qui, de droit commun, arrêtent le cours des inscriptions sont sans influence sur elle.

TROISIÈME QUESTION. — *Dans quelle mesure l'hypothèque légale des femmes est-elle dispensée d'inscription ?*

740. Dans quelle mesure la femme a-t-elle le bénéfice du caractère occulte de son hypothèque et des conséquences qui en résultent ? L'a-t-elle d'une manière absolue et perpétuelle, ou seulement dans une mesure limitée et temporaire ? La

1. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 105 bis XVI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n°s 1494 et 1495. — Cass. 25 juin 1895, Sir. 1895.I.348.

2. Le jugement de condamnation, en effet, ne crée pas l'obligation alimentaire ; il la liquide au jour de la cessation de la vie commune. L'obligation alimentaire préexiste ; elle fait partie des devoirs et droits qui résultent du mariage. — *Sic* : Demante et Colmet de Santerre, *loc. cit.*, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n°s 1496 et 1497, — Montpellier 16 novembre 1889, D. P. 1890.II.171, Sir. 1891.II.146, — Dijon 16 juin 1893 et 4 juin 1894, Douai 16 mai 1895, Cass. 25 juin 1895, précitées.

D'après une autre opinion, l'hypothèque légale remonte seulement au jour du jugement. Trib. de la Seine 28 novembre 1891, en note dans Sir. 1895.II.25 ; — cpr. la dissertation de M. Albert Wahl dans Sirey, sous l'arrêt précité de Dijon du 16 juin 1893.

question est importante en pratique. C'est à propos d'elle que les lois de 1855 et 1858 ont modifié le Code civil en tempérant le caractère occulte de l'hypothèque.

On dit souvent que l'hypothèque de la femme est dispensée d'inscription. À s'exprimer ainsi, on rend inexactement la pensée de la loi, dont le point de vue est différent.

En dépit de l'article 2135, dont la disposition est beaucoup trop générale, le bénéfice de la clandestinité est loin d'être absolu. Il y a des cas où le défaut d'inscription expose et peut compromettre l'hypothèque de la femme ; d'autre part, même quand le défaut d'inscription ne compromet pas l'hypothèque, le vœu de la loi et même sa volonté formelle sont que l'inscription soit prise.

Pour rester dans la vérité, il faut se contenter de dire que le défaut d'inscription n'est pas en général opposable à la femme. Encore la règle ainsi formulée comporte-t-elle des exceptions.

Précisons les limites de la faveur faite à la femme mariée. Elles se rapportent à trois points de vue.

PREMIER POINT DE VUE

741. La faveur faite à la femme mariée est exclusivement attachée à sa personne ; elle ne lui appartient qu'en tant que femme mariée.

De là deux conséquences.

1° Si la femme meurt, la faveur qui lui est faite échappe à ses héritiers, qui rentrent dans le droit commun. De même, si la femme cède son hypothèque à des tiers¹, les cessionnaires rentrent dans le droit commun en ce qui concerne l'inscription.

2° Même au profit de la femme, la dispense d'inscription est temporaire. Elle n'en a le bénéfice que pendant le mariage ; elle le perd en cas de dissolution du mariage, du moins au bout d'un certain temps, qui a été fixé à une année. À l'expiration de ce délai, la femme, quoique non payée de ses droits et reprises, rentre dans le droit commun en ce qui concerne l'inscription.

Ainsi l'a décidé, par une importante innovation, la loi du 23 mars 1855. Cette loi marque clairement la tendance ac-

1. *Infra*, nos 820 et suiv.

tuelle, déjà signalée¹, qui consiste à diminuer la portée des dérogations au droit commun précédemment introduites dans l'intérêt de la femme.

742. En décidant ainsi, la loi de 1855 a tranché une question doctrinale longtemps débattue.

Jusqu'en 1855, la question avait été discutée de savoir à quelle cause exactement se rattache le caractère occulte de l'hypothèque légale des femmes. La faveur faite à la femme est-elle attachée à la personne de la femme, à sa qualité de femme mariée, en d'autres termes tient-elle à la qualité de la créancière ? Ou bien est-elle inhérente à la créance garantie, en d'autres termes tient-elle à la nature et à la qualité des droits garantis ?

Suivant qu'on admet l'un ou l'autre de ces points de vue, les conséquences sont très différentes.

Si la faveur faite est attachée à la personne de la femme, si elle tient à la qualité de la créancière, à sa qualité de femme mariée, il n'y a pas de raison pour qu'elle survive au mariage ; elle doit disparaître quand le mariage est dissous ; devenue veuve, la femme perd la qualité qui lui valait ce bénéfice exceptionnel et rentre dans le droit commun. Il n'y a pas de raison non plus pour que la faveur faite à la femme profite aux héritiers de la femme, ou aux cessionnaires de son hypothèque en cas de cession consentie par elle ; héritiers et cessionnaires doivent rentrer dans le droit commun.

Si, au contraire, la faveur faite tient à la nature de la créance, à la qualité des droits garantis, elle subsistera tant que les droits et reprises de la femme ne seront pas liquidés et payés. Qu'importe que le mariage soit dissous, que la femme meure ou cède son hypothèque ? Les droits et reprises ont toujours même nature.

Sous l'empire du Code civil, on admettait que le caractère occulte de l'hypothèque légale des femmes persistait indéfiniment après la dissolution du mariage au profit de la femme ou de ses héritiers, et qu'il subsistait au profit des cessionnaires de l'hypothèque. En d'autres termes, on regardait la dispense d'inscription comme tenant à la nature du droit garanti².

1. *Suprà*, p. 85.

2. Turin 10 janvier 1812, Sir. 1812, II. 448, — Nîmes 5 mai 1812, Sir. 1812,

Cette manière de voir n'était pas logique. Si l'on soustrait la femme à la nécessité de l'inscription, c'est par crainte que son mari ne l'empêche de s'inscrire ; on redoute, par suite de l'état de dépendance où la femme se trouve vis-à-vis du mari, qu'elle n'ait pas la possibilité de s'inscrire. La raison d'être de cette faveur disparaît quand le mariage est dissous, ou quand l'hypothèque appartient à un autre que la femme, en cas de mort ou de cession.

Cette manière de voir était, en outre, dangereuse. Car si le mariage fait, à la rigueur, connaît l'existence de l'hypothèque, comment les tiers vont-ils être avertis quand le mariage est dissous, ou quand les droits de la femme sont exercés par d'autres que par elle ? Combien ne deviennent pas périlleuses des hypothèques occultes qui sont invoquées dix ans, trente ans après la dissolution du mariage, alors que tout autorise à croire que les droits et reprises ont été liquidés et payés, ou bien des hypothèques invoquées soit par des héritiers, soit par des cessionnaires, s'il faut remonter à l'auteur !

Antérieurement au Code civil, l'Edit de 1673 avait établi des règles plus sages. Il dispensait la femme mariée de la formalité de l'enregistrement ; mais la femme séparée de biens était tenue de faire enregistrer son opposition — nous dirions aujourd'hui d'inscrire son hypothèque — dans les quatre mois du jugement de séparation, et la femme veuve dans l'année du décès de son mari. A défaut de ces précautions, l'hypothèque ne prenait rang que du jour de son enregistrement (articles 62 et 64 de l'Edit).

La loi du 11 brumaire an VII soumet toutes les hypothèques à la nécessité de l'inscription, celle des femmes mariées comme les autres (article 3).

Quant au Code civil, il a rétabli la dispense d'inscription pour l'hypothèque des femmes, mais sans s'expliquer sur le point de savoir si la dispense d'inscription persiste après la séparation de biens et après la dissolution du mariage. Le Conseil d'Etat, par son Avis du 8 mai 1812, en a conclu qu'il n'y avait pas lieu de fixer un délai particulier aux femmes après la mort de leur mari pour prendre inscrip-

II. 449. — Cpr. Merlin, *Répertoire*, v^o *Inscription hypothécaire*, § 3, n^o 5. — En sens contraire, Agen 8 mai 1810, Sir. 1811.II.167.

tion. Et nous avons vu que la jurisprudence des premières années du XIX^e siècle s'est prononcée dans le même sens ¹.

La loi du 23 mars 1855 est revenue au principe de l'Edit de 1673. C'est l'objet des articles 8 et 9, dont il importe d'étudier avec soin les dispositions.

A. — *Etude de l'article 8.*

743. Il est ainsi conçu : « Si la veuve, le mineur devenu « majeur, l'interdit relevé de l'interdiction, leurs héritiers ou « ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'année qui « suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, « leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des « inscriptions prises ultérieurement. »

Aucun doute n'est désormais possible. La faveur faite à la femme lui est personnelle, ne lui est accordée qu'en qualité de femme mariée ; le mari vient-il à mourir, l'hypothèque de la femme est soumise à la règle de l'inscription, conformément au droit commun.

Afin qu'elle ne soit pas prise au dépourvu, on lui maintient le bénéfice de sa situation antérieure pendant un an à partir de la dissolution du mariage. Pendant ce délai, son hypothèque continue à valoir indépendamment de l'inscription, avec toutes les conséquences qui en résultent.

Si la femme s'inscrit dans le délai légal, elle conserve le rang qu'elle avait avant la dissolution du mariage.

Mais si elle laisse passer l'année de répit pendant laquelle on lui maintient intégralement le bénéfice de sa situation antérieure, elle sera désormais soumise à tous égards au droit commun. Donc : 1^o son hypothèque ne sera plus opposable aux tiers (créanciers du mari ou sous-acquéreurs) qu'à la condition d'être inscrite, — 2^o l'hypothèque n'aura plus rang qu'à la date de l'inscription, l'article 2134 devenant applicable au lieu et place de l'article 2135, — 3^o l'hypothèque sera perdue pour la femme si l'un des faits qui mettent obstacle au droit d'inscrire une hypothèque vient à se produire, — 4^o l'article 2151, qui est inapplicable à l'hypothèque légale de la femme tant qu'elle est occulte, devient applicable ².

1. Voy. les arrêts cités à la note précédente.

2. *Infrà*, n^o 815.

744. Ce régime est analogue à celui que le législateur de 1804 admettait déjà, dans l'article 2113, pour les privilèges sur immeubles.

Si le privilège est inscrit dans les conditions réglementaires, il conserve son rang de privilège. Sinon il dégénère en hypothèque¹.

De même ici. L'hypothèque est-elle inscrite dans l'année, elle conserve le rang qui lui appartenait quand elle était occulte. Sinon elle dégénère en hypothèque simple et n'a plus rang qu'à la date de l'inscription.

De sorte que la situation est très nette depuis 1855. Les tiers intéressés, créanciers du mari ou acquéreurs de l'immeuble, ont à redouter les hypothèques occultes des femmes actuellement mariées ou veuves depuis moins d'un an. Hors de là, l'hypothèque ne leur est opposable que si elle est inscrite dans les termes du droit commun.

745. Cette réforme de 1855 a une très grande portée.

Désormais les inconvénients si graves de la clandestinité sont limités à une courte période. Les tiers n'ont plus à craindre qu'on leur oppose inopinément une hypothèque légale valable indépendamment de toute inscription, dix, vingt ou trente ans après la dissolution du mariage, alors qu'on ne sait plus s'il y a eu un mariage, ou alors, si on le sait, qu'on est autorisé à croire les droits et reprises liquidés et payés. Un an après la dissolution du mariage, de pareilles surprises cessent d'être possibles.

Nous verrons plus loin que la réforme de 1855 a rendu presque inutile la purge des hypothèques non inscrites (article 2193). En cas de vente d'un immeuble appartenant à un homme marié, la purge n'est plus utile que si la vente a eu lieu dans l'année qui suit la dissolution du mariage.

746. L'article 8 de la loi de 1855 est donc très important. Malheureusement il a été rédigé, comme d'ailleurs presque toute la loi de 1855, avec une certaine précipitation ; il est équivoque dans ses termes et laisse plusieurs hypothèses en dehors de ses prévisions formelles.

747. Il s'applique seulement au cas de dissolution du mariage.

Par conséquent, il ne concerne pas la femme séparée de

1. *Suprà*, p. 61 et suiv.

biens, quoiqu'elle reprenne désormais l'administration de ses biens et recouvre en grande partie son indépendance. Peut-être a-t-on considéré que la femme, le mariage subsistant, risque de ne pas avoir son entière liberté. Peut-être a-t-on observé que les droits et reprises, au cas de séparation de biens, sont presque toujours liquidés et payés à brève échéance ; l'article 1444 fait même de ce paiement une nécessité légale, ce qui diminue l'inconvénient dont se plaignait la pratique. Toujours est-il que l'article 8 vise exclusivement la dissolution du mariage ; tout le monde admet qu'il est inapplicable au cas de séparation de biens.

L'article 8 ne concerne pas davantage la femme séparée de corps. La séparation de corps, en effet, n'opère pas dissolution du mariage. Sans doute elle entraîne la séparation de biens ; mais les raisons qui viennent d'être déduites à propos de la séparation de biens principale ont toute leur valeur en ce qui concerne la séparation de biens accessoire.

Il faut reconnaître toutefois que cette solution n'est pas en parfaite concordance avec la loi du 6 février 1893, portant modification au régime de la séparation de corps. L'article 3 de cette loi dit que la séparation de corps rend à la femme « le plein exercice de sa capacité civile ». N'y a-t-il pas contradiction à ce que la femme séparée de corps conserve le bénéfice de l'hypothèque occulte, dù précisément à ce que la femme n'avait pas l'intégralité de ses droits ? Mais la loi de 1893 n'a certainement pas modifié le régime institué par le législateur de 1855¹.

748. Ainsi, l'article 8 de la loi de 1855 n'est applicable qu'en cas de dissolution du mariage. Mais il s'applique dans tous les cas de dissolution.

Le texte, il est vrai, ne prévoit formellement que la dissolution du mariage par la mort du mari. L'obligation d'inscrire l'hypothèque dans l'année est imposée à la veuve, puis aux héritiers de la veuve qui vient à mourir avant le paiement de ses droits et reprises.

1. Nulle part les rédacteurs de la loi du 6 février 1893 n'ont manifesté une semblable intention. Il est difficile d'admettre que la séparation de corps, qui ne rompt pas le mariage et qui, dans l'opinion courante, ne fait même pas disparaître l'inaliénabilité dotale, puisse produire un effet aussi important. Voy. de Loynes, note dans D. P. 1894.H.577, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1512.

Mais il y a d'autres hypothèses à prévoir. Et l'article 8 doit être regardé comme applicable dans toutes.

Première hypothèse. — Le mariage est dissous par le divorce. La loi de 1855 a été portée à une époque où le divorce n'existait plus. Depuis qu'il a été rétabli, il n'y a aucune raison pour ne pas étendre la disposition de l'article 8 à cette cause de dissolution du mariage ¹. L'obligation d'inscrire l'hypothèque dans l'année incombe à la femme divorcée et à ses héritiers.

Deuxième hypothèse. — Le mariage prend fin par la mort de la femme. Ses héritiers doivent-ils, sous la sanction établie par la loi, prendre inscription dans l'année du décès? L'article 8 parle bien des héritiers; mais le tour de phrase indique qu'il s'agit des héritiers de la femme veuve. Le texte suppose que le mariage s'est dissous par la mort du mari, puis que la femme est morte à son tour sans avoir pris inscription; dans ce cas, ses héritiers sont soumis aux mêmes prescriptions qu'elle. Mais que décider si le mariage est dissous par la mort de la femme et que le droit aux reprises s'ouvre en la personne des héritiers?

L'esprit de la loi, à défaut de ses termes, n'est pas douteux. La jurisprudence n'a pas hésité à étendre l'application de l'article 8. Si le bénéfice de l'hypothèque occulte, faveur personnelle à la femme, lui échappe quand elle a recouvré son indépendance par la mort du mari, comment se perpétuerait-il après la mort de la femme au profit de ses héritiers, qui ont, comme tels, une complète liberté d'action? Il serait inadmissible que le bénéfice conservé aux héritiers de la femme eût entre leurs mains plus d'étendue qu'il n'en a dans la personne de la femme elle-même ².

1. En ce sens : Carpentier, *Traité du divorce*, n° 345, — trib. de Bordeaux 15 janvier 1894, D. P. 1894.II.577 (note de M. de Loynes), Sir. 1894.II.256.

En cas de divorce, le délai d'un an court du jour de la transcription du jugement sur les registres de l'état civil.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 809, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1016 et 1017, 1527 et 1528, — Mourlon, *Transcription*, II, n° 866 à 872, — Verdier, *Transcription*, II, n° 627, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 513, texte et note 17, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 107 bis, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 229, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1513, — Bordeaux 12 mars 1860, D. P. 1861.II.67, Sir. 1860.II.524, — Aix 10 janvier 1861, Sir. 1861.II.177, — Metz 19 mars 1861, D. P. 1861.II.135, Sir. 1861.II.179, — Orléans 26 août 1869, D. P. 1869.II.185, Sir. 1870.II.113, — Cass. 2 juillet 1877,

La question a été discutée après la loi de 1855. Mais la controverse n'a pas été de longue durée.

Troisième hypothèse. — La question est plus délicate lorsque la femme prédécède laissant des héritiers mineurs. Ce sont, par exemple, les enfants mineurs de la femme, et ils ont leur père pour tuteur. Sur les immeubles de leur père, ces enfants possèdent deux hypothèques : l'une du chef de leur mère, hypothèque légale de la femme mariée, — l'autre de leur chef, comme mineurs en tutelle, et cette hypothèque est occulte. Doivent-ils inscrire à leur profit l'hypothèque de leur mère sur les biens du mari ?

L'hésitation se conçoit ; car ce serait alors le mari survivant qui aurait, comme tuteur et au nom de ses enfants, à faire inscrire sur ses propres biens l'hypothèque légale leur appartenant du chef de leur mère. Mais c'est, au contraire, une raison de plus pour ne pas hésiter, et pour décider que l'état de minorité des héritiers ne donne lieu à aucune prorogation de délai quant à l'inscription de l'hypothèque de la femme. Le but de l'article 8 exclut toute distinction. Il veut que les tiers, un an après la dissolution du mariage, soient assurés que l'hypothèque légale de la femme ne leur sera plus opposable si elle n'a pas été inscrite. Qu'importe, dès lors, la situation des héritiers de la femme ? S'ils sont mineurs et que le défaut d'inscription de l'hypothèque de leur mère compromette leurs intérêts, ils auront contre le tuteur un recours qui est garanti, lui aussi, par une hypothèque légale occulte (article 2135-1^o). Les deux hypothèques sont distinctes ; chacune d'elles est soumise à des règles propres.

Comme la précédente cette question a été discutée. Mais elle ne l'est plus ; la jurisprudence est depuis longtemps fixée dans le sens que nous venons d'indiquer¹.

D. P. 1878.I.408, Sir. 1877.I.415, — trib. de Bordeaux 15 janvier 1894, D. P. 1894.II.577 (note de M. de Loynes), Sir. 1894.II.256.

1. Grenoble 29 avril 1858, D. P. 1861.II.68, Sir. 1859.II.70, — 26 février 1862, D. P. 1863.II.68, Sir. 1863.II.75, — Cass. 2 mai 1866, D. P. 1866.I.241, Sir. 1866.I.233 (note de M. Labbé), — Bourges 17 février 1872, Sir. 1872.II.133, — Aix 9 janvier 1875, D. P. 1876.II.178, — Paris 24 janvier 1875, Sir. 1875.II.77, — Cass. 22 août 1876, D. P. 1876.I.212, Sir. 1878.I.471, — Cass. 2 juillet 1877, D. P. 1877.I.408, Sir. 1878.I.415, — Alger 12 mai 1880, Sir. 1881.II.37, — Angers 19 janvier 1892, D. P. 1892.II.212, — Cass. 15 novembre 1892, Sir. 1893.I.145.

Sic : Flandin, *Transcription*, nos 1018 à 1022, — Mourlon, *Transcription*, II, n° 874, — Verdier, *Transcription*, II, n° 626, — Bressolles, *Transcription*,

749. Telle est la première application de la réforme opérée en 1855. La faveur de l'article 2135-2°, qui est personnelle à la femme, est en outre temporaire. Par conséquent, en cas de dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers rentrent dans le droit commun ; pour que l'hypothèque conserve le bénéfice de son rang, il faut qu'elle soit inscrite dans l'année.

B. — *Etude de l'article 9.*

750. Il suppose non plus que le mariage est dissous, mais que, pendant le mariage ou pendant l'année qui suit la dissolution, d'une manière plus générale alors que l'hypothèque vaut indépendamment de toute inscription, la femme ou ses héritiers cèdent l'hypothèque à un tiers et le subrogent dans le bénéfice de cette sûreté, sans lui céder d'ailleurs la créance garantie ¹.

Dans l'un et l'autre cas, c'est un tiers qui invoque l'hypothèque légale.

L'article 9 décide que l'hypothèque ne vaut, au profit du cessionnaire ou du subrogé et au regard des tiers, que par l'inscription.

Il en était autrement avant la loi de 1855. Le cessionnaire des droits de la femme et le subrogé conservaient comme la femme elle-même et indéfiniment le bénéfice de l'hypothèque occulte ; ils pouvaient se prévaloir des droits acquis, à l'égard des tiers, sans avoir pris inscription.

Il est logique que la règle soit différente depuis la loi de 1855. Du moment que la faveur faite à la femme par l'article 2135-2° a le caractère d'un bénéfice personnel conféré à la femme en sa qualité de femme mariée, elle ne doit pas plus profiter au cessionnaire ou au subrogé qu'elle ne profite à la femme elle-même ou à ses héritiers après la dissolution du mariage. La cause de la faveur a disparu.

Donc le cessionnaire et le subrogé ne seront, à l'égard des

n° 98, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 514, texte et note 19, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 229, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 107 bis, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1514.

En sens contraire : Riom 3 août 1863, D. P. 1863.II.133, Sir. 1863.II.171, — Agen 6 décembre 1864, D. P. 1865.II.27, Sir. 1865.II.138, — Lyon 11 janvier 1876, Sir. 1876.II.203, — Paris 22 novembre 1894, D. P. 1897.II.169 (note de M. Boistel).

1. *Infrà*, n° 828.

tiers, saisis des droits par eux acquis que moyennant inscription. C'est ce que porte l'article 9. Il a fait disparaître un des inconvénients pratiques les plus graves de l'article 2135-2°.

Mais le moment n'est pas venu d'insister sur ce texte. Nous le retrouverons plus tard.

751. Continuons à signaler les limites assignées au caractère occulte de l'hypothèque des femmes. Elles se réfèrent, avons-nous dit, à trois points de vue. Nous venons de voir le premier, auquel se rapportent les articles 8 et 9 de la loi de 1855. Voici maintenant le second.

DEUXIÈME POINT DE VUE

752. Même pendant le mariage ou pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, autrement dit alors que l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription, il peut arriver que la femme perde son hypothèque en tout ou en partie si elle ne la fait pas inscrire.

L'article 2135-2° dit que l'hypothèque existe indépendamment de toute inscription. Mais c'est sous la réserve des cas particuliers où cette règle subit des exceptions; et le texte a tort de ne pas formuler expressément cette réserve.

Ces cas sont au nombre de trois. Dans ces trois cas, l'intérêt du crédit immobilier, de la sécurité des tiers, l'emporte sur l'intérêt individuel de la femme; elle ne conserve son droit qu'en prenant inscription. A elle de veiller. Elle doit savoir que l'article 2135-2° est trop général dans ses termes, qu'elle ne doit pas le prendre à la lettre et qu'il comporte des restrictions. En cela, l'article 2135 ne laisse pas d'être un piège pour la femme, car il lui donne une sécurité trompeuse.

Premier cas.

753. La faculté de ne pas inscrire l'hypothèque légale disparaît quand le mari aliène à l'amiable l'immeuble lui appartenant, soit au cours du mariage, soit dans l'année de la dissolution du mariage, si l'acquéreur recourt à la purge.

Nous retrouverons cette règle sous l'article 2193. Constatons seulement le résultat.

754. L'hypothèque confère au créancier le droit de suite. La femme possède ce droit, pendant le mariage et pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, indépendamment de toute inscription ; mais, dans l'intérêt de la circulation des biens et de la stabilité de la propriété immobilière, on reconnaît aux acquéreurs le droit de libérer l'immeuble acquis des charges hypothécaires qui le grèvent. Cela s'appelle purger l'immeuble, et le droit de purger s'exerce non seulement à l'encontre des créanciers inscrits, mais même à l'encontre des créanciers à hypothèques occultes. L'acquéreur offre son prix, ou, si c'est un acquéreur à titre gratuit, le prix d'estimation de l'immeuble. Si la femme n'a pas fait inscrire son hypothèque dans un délai de deux mois à partir des notifications à fin de purge faites par l'acquéreur, l'immeuble est affranchi du droit de suite entre les mains de l'acquéreur (article 2195).

Il peut arriver que l'hypothèque légale ait été inscrite en fait. La purge alors n'est possible qu'au moyen de notifications individuelles faites à la femme. Par conséquent, son intérêt est engagé à ce que l'inscription soit prise.

Il se peut au contraire qu'il n'ait pas été pris d'inscription. Dans ce cas, la purge s'accomplit sans notifications individuelles, sur avis général adressé à qui de droit par des annonces publiques. Donc, la femme peut se trouver atteinte dans ses droits sans avoir été directement prévenue.

Il est vrai qu'elle ne perd pas complètement, par cela seul, sa garantie hypothécaire. Seulement elle n'a plus de droit que sur le prix ; en d'autres termes, elle n'a plus que le droit de préférence. C'est un des cas dans lesquels le droit de préférence survit au droit de suite ; le droit de préférence résultant de l'hypothèque, c'est-à-dire le droit de produire à l'ordre et d'être colloqué à un rang privilégié, subsiste alors que le droit de suite, c'est-à-dire le droit de saisir l'immeuble, est perdu ¹.

755. Mais il peut arriver, dans ce cas, que la femme perde même le droit de préférence. Cela se produit dans trois hypothèses.

1. Nous trouverons d'autres exemples de survie du droit de préférence au droit de suite, et nous les réunirons plus tard.

La première est celle où l'acquéreur a payé son prix ; car alors il n'y a plus d'ordre possible faute de deniers à distribuer. Et l'acquéreur est dans son droit en payant son vendeur, à moins qu'il n'ait été fait saisie-arrêt entre ses mains.

La seconde hypothèse est celle où le mari vendeur a disposé de sa créance au moyen d'une cession régulière ; car alors l'acquéreur n'est plus débiteur du mari mais du cessionnaire, et la femme, créancière du mari, ne peut rien exiger de l'acquéreur.

Enfin la troisième hypothèse est celle où la femme n'a pas produit en temps utile (articles 755 et 772 alinéa 5 C. proc. civ.).

La femme peut donc, faute d'inscription, perdre toute sa garantie hypothécaire, en dépit de l'article 2135-2°.

Ces éventualités se réalisent parfois à la connaissance et du consentement de la femme. Il peut arriver en effet que le mari, au cas d'aliénation d'un immeuble, en possède d'autres qui suffisent pour garantir à la femme ses droits et reprises. La femme alors ne risque rien en laissant la purge produire les effets qui lui sont légalement inhérents, puisqu'elle conserve sur les autres immeubles du mari une garantie efficace.

Deuxième cas.

756. La faculté de ne pas inscrire l'hypothèque légale disparaît en cas de saisie de l'immeuble du mari par ses créanciers, ou en cas de vente volontaire suivie de surenchère du sixième, pendant le mariage ou l'année qui suit la dissolution du mariage.

757. C'était un principe incontesté, sous l'empire du Code civil de 1804 et du Code de procédure de 1807, que l'adjudication sur saisie purge par elle-même les hypothèques inscrites, sans qu'il soit besoin que l'acquéreur — ici l'adjudicataire sur saisie — recoure à la procédure des articles 2181 et suivants. Les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix, en ce sens qu'ils peuvent produire à l'ordre ouvert, mais sans pouvoir faire procéder à une nouvelle vente. C'est encore un cas où le droit de préférence survit au droit de suite.

Voici la raison de la règle admise. L'immeuble vendu aux enchères publiques l'a été à sa plus haute valeur ; le prix

est définitivement fixé ; le droit des créanciers est sauvegardé ; une nouvelle vente entraînerait des frais en pure perte.

Quelques doutes avaient bien été émis à l'origine sur l'admission de cette règle. Mais, au cours des travaux préparatoires de la loi du 2 juin 1841, un article spécial, qui avait été proposé pour faire respecter l'intérêt des créanciers, a été rejeté comme inutile. Ils n'ont vraiment aucune surprise à redouter, car l'article 692 du Code de procédure exige qu'ils soient prévenus des conditions de la vente.

Par conséquent, la transcription du jugement d'adjudication purge les hypothèques inscrites.

758. En est-il de même des hypothèques occultes, notamment de l'hypothèque des femmes ?

La question a été longtemps controversée. La Cour de cassation a commencé par décider que les hypothèques occultes sont purgées, comme les hypothèques inscrites, par la transcription du jugement d'adjudication¹. Puis la solution contraire a fini par prévaloir². La femme, a-t-on dit, n'ayant pas fait inscrire son hypothèque légale, ne peut pas recevoir la notification individuelle prescrite par l'article 692 du Code de procédure ; dès lors, elle ne peut pas être exposée à perdre son hypothèque. Là où les notifications de l'article 692 sont impossibles, la purge n'est pas produite par la transcription du jugement d'adjudication ; elle ne peut résulter que de l'accomplissement des formalités prescrites par les articles 2193 et suivants du Code civil.

Mais cette solution présentait des inconvénients graves. Comment l'adjudication peut-elle se faire dans de bonnes conditions si l'adjudicataire reste exposé à la poursuite des créanciers à hypothèques clandestines ? Or le saisi et le saisissant ont également intérêt à ce que l'immeuble soit bien vendu, et cela n'importe pas moins au crédit des biens immobiliers.

Aussi la règle admise a-t-elle été modifiée par une des

1. Cass. 27 novembre 1811, Sir. 1812.I.171, — 21 novembre 1821, Sir. 1822.I.214, — 30 août 1825, Sir. 1826.I.65, — 22 juin 1833, Sir. 1833.I.448, — 23 février 1852, D. P. 1852.I.39, Sir. 1852.I. 84.

2. Cass. 22 juin 1833, Sir. 1833.I.448, — 30 juillet 1834, Sir. 1834.I.625, — 26 mai 1836, Sir. 1836.I.775, — 18 décembre 1839, D. P. 1839.I.137, Sir. 1840.I.137, — 27 mars 1844, Sir. 1845.I.20.

dispositions les plus importantes de la loi du 21 mai 1858. Une dernière phrase, dont voici les termes, est ajoutée à l'article 717 du Code de procédure civile : « Le jugement
« d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix.
« Les créanciers à hypothèques légales qui n'ont pas fait
« inscrire leur hypothèque avant la transcription du jugement d'adjudication ne conservent de droit de préférence
« sur le prix qu'à la condition de produire, avant l'expiration du délai fixé par l'article 754, dans le cas où l'ordre
« se règle judiciairement, et de faire valoir leurs droits
« avant la clôture, si l'ordre se règle amiablement... »

759. La même loi du 21 mai 1858 ajoute une disposition nouvelle à l'article 692 du Code de procédure, afin d'éviter que les hypothèques dispensées d'inscription puissent être purgées de la sorte sans que les créanciers investis de ces hypothèques aient connu la saisie et aient été à même de faire les diligences nécessaires. Le nouveau texte prescrit quelques formalités dont le but est de lier les créanciers à la procédure.

1° Dans les huit jours qui suivent la transcription de la saisie, sommation doit être adressée à la femme du saisi, aux femmes des précédents propriétaires, au subrogé-tuteur des pupilles du saisi ou à ces pupilles sortis de la tutelle, « si...
« les mariage et tutelle sont connus du poursuivant d'après
« son titre ». La loi n'a pas voulu imposer au créancier poursuivant des recherches sur l'état civil du saisi, sur le point de savoir s'il gère ou a géré une tutelle ; si le titre du poursuivant ne lui révèle pas le mariage ou la tutelle, il peut passer outre, et de là peut résulter manifestement un péril pour les créanciers à hypothèques non inscrites.

2° Les sommations faites doivent être notifiées au procureur de la République.

3° Celui-ci est tenu de requérir l'inscription des hypothèques légales existant à sa connaissance du chef du saisi. Nous reviendrons un peu plus loin sur ce point¹.

4° Le danger qui menace les créanciers à hypothèques occultes est porté à leur connaissance par voie d'annonces dans les journaux (article 696 C. proc. civ.).

1. *Infrà*, nos 764 et 765.

Moyennant ces précautions diverses, la loi de 1858 a pu décider que la transcription du jugement d'adjudication purge toutes les hypothèques sans exceptions.

Troisième cas.

760. Enfin la faculté de ne point inscrire l'hypothèque légale disparaît au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique.

Les créanciers ayant hypothèque sur l'immeuble exproprié perdent le droit de suite. Quels qu'ils soient, ils doivent prendre inscription dans la quinzaine de la transcription du jugement d'expropriation (loi du 3 mai 1841, article 17) pour pouvoir exiger que le chiffre de l'indemnité soit fixé par le jury. La femme conserve son droit sur le prix ; mais elle est exposée à le perdre, comme en cas de saisie, si elle ne produit pas à l'ordre en temps utile.

761. En résumé, il existe trois cas dans lesquels la femme, même pendant le mariage ou pendant l'année qui suit la dissolution du mariage, ne doit pas se fier complètement à l'article 2135-2°. En cas de vente amiable, de vente sur saisie, d'expropriation pour cause d'utilité publique, il peut arriver que le défaut d'inscription compromette les droits de la femme. Le délai imparti par l'article 8 de la loi de 1855 représente le maximum de temps pendant lequel la femme conserve le bénéfice de son hypothèque occulte ; ce délai est sujet à réduction dans les cas indiqués par les lois sur la purge, sur la saisie immobilière et sur l'expropriation pour cause d'utilité publique.

TROISIÈME POINT DE VUE

762. Arrivons au troisième ordre de restrictions apportées au caractère occulte de l'hypothèque légale.

Même en dehors des cas où la femme perd tout ou partie de sa garantie hypothécaire si elle ne s'inscrit pas, et où par conséquent l'inscription est exigée sous peine de déchéance, la loi veille à ce que l'hypothèque légale soit inscrite en fait et portée à la connaissance des intéressés.

La loi y arrive par deux sortes de dispositions. D'abord elle enjoint à certaines personnes de prendre inscription au

nom de la femme. Puis elle autorise certaines personnes à le faire.

A. — *La loi enjoint à certaines personnes de prendre inscription au nom de la femme.*

763. L'article 2136 alinéa 1 impose cette obligation au mari.

Malheureusement pour le crédit immobilier, cette disposition légale est peu obéie. Il y a pour cela deux raisons.

D'abord, l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale de la femme n'est pas imposée au mari d'une manière absolue. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2136, « les maris « ayant manqué de requérir... les inscriptions ordonnées « par le présent article... » échappent à toute responsabilité pourvu qu'ils n'aient pas « consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques sur leurs immeubles sans déclarer expressément que lesdits immeubles « étaient affectés à l'hypothèque légale des femmes... » La déclaration tient lieu de l'inscription et la rend inutile¹.

1. L'article 2136 alinéa 2 est un texte obscur, dont l'interprétation a fait naître des difficultés nombreuses. Le texte suppose que le mari a « consenti ou laissé prendre des privilèges ou des hypothèques » sur ses immeubles. Qu'est-ce à dire ?

L'expression « consentir des hypothèques » se comprend sans peine. Le mari peut consentir des hypothèques conventionnelles.

Quant à l'expression « consentir des privilèges », elle n'a pas de sens, car il n'existe pas de privilèges conventionnels, au moins sur les immeubles (*suprà*, tome I, p. 249).

Enfin le texte est particulièrement obscur quand il soumet à la responsabilité le mari qui « laisse prendre des privilèges ou des hypothèques sur ses « biens » sans révéler l'existence de l'hypothèque légale. Est-ce à dire que le mari soit tenu de faire sa déclaration toutes les fois qu'un privilège, une hypothèque judiciaire ou une nouvelle hypothèque légale vient à grever ses biens ? La plupart des auteurs écartent cette manière de voir comme trop rigoureuse, ce qui pourrait bien ne pas être une raison décisive. Ils soutiennent que le législateur n'a pas pu vouloir poser une pareille règle, et qu'il ne pensait point à la naissance d'un privilège ou d'une hypothèque soit judiciaire, soit légale quand il a parlé de « laisser prendre des privilèges ou des « hypothèques ». Le législateur, disent les auteurs, songeait aux deux hypothèses suivantes.

1^o Un mari vend un immeuble grevé de l'hypothèque légale. Il acquiert ainsi le privilège du vendeur. Puis il reçoit paiement du prix des mains d'un tiers, et subroge ce tiers dans son privilège sans l'avertir que l'immeuble est grevé de l'hypothèque légale. Il est responsable, comme ayant « laissé prendre » au tiers un privilège inefficace sans déclarer l'existence de l'hypothèque.

2^o Un mari grevé ses immeubles d'une hypothèque conventionnelle ; puis il emprunte pour désintéresser le créancier hypothécaire, et subroge le prêt

En second lieu, l'obligation imposée au mari par l'article 2136 est dépourvue de sanction. Sans doute, l'inexécution de cette obligation le rend passible de dommages-intérêts soit envers la femme dont les droits n'ont pas été conservés, soit envers les tiers qui ont subi un préjudice par suite de l'ignorance où on les a laissés de l'existence de l'hypothèque légale. Mais si le mari est solvable, le défaut d'inscription ne nuit à personne ; et s'il est insolvable, la responsabilité qu'il encourt n'est qu'un vain mot.

Aussi les rédacteurs du Code de 1804 avaient-ils établi une sanction spéciale ; aux termes de l'article 2136 alinéa 2, le mari qui n'exécutait pas l'obligation mise à sa charge était réputé stellionataire et, comme tel, contraignable par corps (article 2059). Mais cette sanction est devenue vaine depuis que la loi du 22 juillet 1867 a supprimé la contrainte par corps en matière civile et commerciale ; on peut désormais se rendre impunément coupable de stellionat¹.

764. L'obligation d'inscrire l'hypothèque légale de la femme incombe, dans un cas particulier, au procureur de la République. Ce cas est celui de saisie par les créanciers du mari (article 692 C. proc. civ.).

teur dans l'hypothèque sans l'avertir que l'immeuble est grevé de l'hypothèque légale. Il a « laissé prendre » une hypothèque sans déclarer l'existence de l'hypothèque conventionnelle.

Toutes ces questions sont si peu pratiques que nous avons scrupule d'y avoir tant insisté. Voy. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 850, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 524, texte et note 37, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 108 bis VI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1532.

Sur le point de savoir si la responsabilité du mari est encourue dans le cas où il vend un immeuble grevé de l'hypothèque légale sans prévenir l'acquéreur de l'existence de cette hypothèque légale, voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*, p. 607 et 608, — et Cass. 7 janvier 1863, D. P. 1863.I.242, Sir. 1863.I.175. — L'article 2136 ne peut pas être étendu à cette hypothèse ; mais le mari est responsable aux termes de l'article 2059.

1. On peut cependant signaler pour mémoire qu'une disposition rigoureuse à l'égard des stellionataires subsiste dans nos lois même depuis la suppression de la contrainte par corps. Aux termes de l'article 540 C. com., les faillis stellionataires ne peuvent pas être déclarés excusables. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1530, p. 607 ; — cpr. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VIII, p. 46, n° 727.

Quant à l'article 905 du Code de procédure civile, il exclut les stellionataires du bénéfice de la cession de biens. Mais, celle-ci n'ayant pas d'autre effet que de faire échapper le débiteur à la contrainte par corps, l'article 905 a perdu tout intérêt, au point de vue qui nous occupe, depuis 1867. Voy. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II, p. 62, n° 191.

Mais la prescription, quoique formelle, n'est pas observée davantage en fait.

D'abord, il s'agit là d'une obligation purement morale pour le procureur de la République. Il est de principe dans notre organisation judiciaire qu'un magistrat ne peut être recherché par les justiciables à raison de l'accomplissement de ses fonctions, et qu'il est irresponsable de ses actes quand ils ont été accomplis de bonne foi¹.

Ensuite, une circulaire ancienne du ministre de la justice, en date du 15 septembre 1806, recommande aux parquets de n'intervenir en ces matières qu'avec circonspection. La conséquence est qu'ils n'interviennent pas du tout.

B. — *La loi autorise et invite certaines personnes à inscrire l'hypothèque légale de la femme.*

765. La femme elle-même est de ce nombre (article 2139). Il ne pouvait en être autrement, car il s'agit de son droit.

En second lieu, l'article 2138 invite le procureur de la République à prendre inscription : « A défaut par les maris, « tuteurs, subrogés-tuteurs de faire faire les inscriptions or-
« données..., elles seront requises par le procureur..... » La disposition semble impérative. Cependant on a toujours considéré qu'elle n'avait qu'un caractère facultatif. Aussi le parquet n'intervient pas plus dans ce cas que dans celui où la loi lui enjoint de prendre inscription.

Enfin l'article 2139 autorise les parents soit du mari, soit de la femme à inscrire l'hypothèque légale.

766. Cet article appelle une observation de détail.

A propos de l'hypothèque légale du mineur, l'article 2139 autorise à prendre une inscription non seulement les parents du mineur, mais encore ses amis. Or il n'en est pas de même en ce qui concerne la femme ; nul autre que son mari et ses parents n'est autorisé à faire inscrire son hypothèque². Il a été maintes fois jugé que le mari peut exiger la radiation de l'inscription ainsi requise sans droit (arti-

1. Voy. Garsonnet, *Traité de procédure civile*, 2^e édition, I, p. 237 et 307.

2. L'inscription prise par une personne étrangère à la famille est nulle, à moins, bien entendu, que cette personne n'ait agi en vertu d'un mandat de la femme ou du mari. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 845, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 523, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1538 ; — Caen 8 mai 1839, Dalloz, *Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1386.

cle 2160) et obtenir la réparation du préjudice causé s'il y a lieu ¹.

Résultat étrange, d'ailleurs, car le mari va demander la radiation, comme ayant été prise sans droit, d'une inscription qu'il est de son devoir de requérir lui-même !

Pourquoi cette différence entre l'hypothèque de la femme et celle du mineur ? La seule raison donnée est puéride : *quia mulieres amicos habere non decet* ². La considération n'a vraiment rien de juridique.

767. Que l'inscription soit prise ou non, l'hypothèque n'en reste pas moins occulte au profit des femmes. Si elle n'est pas prise, le défaut d'inscription ne leur est pas opposable ; si elle est prise, le rang reste indépendant de l'inscription, en ce sens que celle-ci est seulement conservatoire et non attributive du droit. D'autres responsabilités peuvent être engagées ; quant à l'intérêt de la femme il n'est jamais compromis.

768. Voilà quelles sont l'étendue et les limites de la faveur accordée à la femme mariée quant à l'inscription de son hypothèque légale.

De cet ensemble de dispositions nous pouvons conclure que l'article 2135-2^o est actuellement beaucoup trop général ; les femmes qui le prendraient à la lettre s'exposeraient à de graves mécomptes. Etant données les restrictions et exceptions apportées à la règle — celles de l'article 8 de la loi de 1855 et celles qui ont été introduites par les lois sur la purge, sur la saisie, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique — l'idée que l'hypothèque légale de la femme vaut indépendamment de toute inscription risque de devenir un piège pour la femme ; elle lui donne une sécurité trompeuse, qui peut compromettre ses intérêts si elle n'y prend garde.

II. Hypothèque légale des mineurs et interdits.

769. Le régime auquel cette hypothèque est soumise quant à l'inscription est celui de l'hypothèque légale des

1. Cass. 29 juin 1870, D. P. 1871.I.225, Sir. 1871.I.29, — 4 août 1874, D. P. 1875.I.163, Sir. 1874.I.462.

2. Guillouard, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1256, p. 181.

femmes, sauf en un point qui présente une grande importance.

770. De même que l'hypothèque légale de la femme, celle des mineurs et interdits est occulte (article 2135-1°). Cela veut dire qu'elle n'a pas besoin d'être inscrite pour exister, pour pouvoir être exercée, soit au point de vue du droit de préférence, soit au point de vue du droit de suite, qu'elle a rang indépendamment de toute inscription, enfin que les événements qui arrêtent le cours des inscriptions sont sans effet en ce qui la concerne. Même règle, mêmes applications et conséquences qu'en ce qui concerne l'hypothèque des femmes, à quelques différences de détail près.

Du moment que l'hypothèque légale des mineurs et interdits était regardée comme nécessaire, il était difficile d'en subordonner l'efficacité à une inscription à prendre par le tuteur sur ses propres immeubles.

771. Seulement, quand l'hypothèque des mineurs et interdits est-elle acquise et quel est le rang qu'elle confère ?

C'est à cet égard que les mineurs et interdits sont plus favorisés que les femmes mariées. La femme n'acquiert son hypothèque et ne prend rang pour ses divers droits qu'aux dates diverses où chacun d'eux prend naissance. Au contraire, le mineur et l'interdit acquièrent hypothèque et rang de collocation à une date unique pour tous leurs droits sans distinction, à quelque époque que s'en réalise la cause : au jour de l'acceptation de la tutelle, dit l'article 2135-1°.

Cette règle n'est pas conforme aux données générales, car l'hypothèque est un droit accessoire¹ ; la logique admet difficilement qu'elle puisse exister et prendre rang avant la naissance du droit qu'elle garantit, et que le rang soit antérieur à la créance. Cependant la règle est telle. Le mineur et l'interdit sont colloqués à la date de l'acceptation de la tutelle pour tous les droits qu'ils ont ou pourront avoir.

On a considéré qu'il y aurait souvent difficulté à séparer, lors du compte final de tutelle, les divers éléments dont la gestion se compose, qu'il serait dangereux pour le mineur que le tuteur eût un intérêt à retarder l'ouverture des droits afin de retarder la date d'acquisition de l'hypothèque. Alors on a fait de l'ensemble de la gestion, sans distin-

1. *Suprà*, tome I, p. 239 à 243.

guer les éléments du compte, un tout indivisible, que l'hypothèque garantit à une date unique, celle de « l'acceptation « de la tutelle ».

Ce sont les termes mêmes de l'article 2135-1°. Mais l'article 2194 — celui-là même qui jette déjà quelque trouble sur le rang de l'hypothèque légale des femmes quant aux droits résultant de leurs conventions matrimoniales¹ — s'exprime d'une manière un peu différente : « du jour de l'entrée en « gestion du tuteur ». Au fond, les deux expressions sont synonymes : accepter la tutelle c'est entrer en gestion, et réciproquement.

Le moment visé par les deux textes est celui où commence la responsabilité du tuteur, où il sait que la tutelle lui est déferée. S'agit-il d'une tutelle déferée par le conseil de famille, c'est le jour où la nomination est notifiée au tuteur ; d'une tutelle testamentaire, c'est le jour de l'ouverture du testament si le tuteur est présent, le jour de la notification s'il est absent ; d'une tutelle légitime, c'est le jour où le tuteur a connu le fait qui la lui défère². Dès ce moment, l'hypothèque est acquise ; elle peut être exercée et elle a rang « indépendamment de toute inscription ».

772. Toutefois — et nous retrouvons ici tout le système précédemment exposé à propos de l'hypothèque légale des femmes — si l'hypothèque des mineurs et interdits est occulte, elle l'est seulement en ce sens que le défaut d'inscription, du moins en général, n'est pas opposable au mineur et à l'interdit ; mais le vœu et la volonté de la loi sont que l'inscription soit prise. De plus, la faveur faite au mineur et à l'interdit est personnelle, attachée à la qualité du créancier. Enfin le défaut d'inscription, dans certains cas, expose et peut compromettre la garantie hypothécaire.

Entrons dans quelques détails sur ces divers points.

1. *Suprà*, n° 727.

2. Dans le cas de tutelle légale, certains auteurs soutiennent que l'hypothèque prend rang au jour du décès qui ouvre la tutelle. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 748, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 225, — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 428.

Mais il est préférable d'étendre ici la règle applicable au tuteur datif. Il ne suffit pas que la tutelle soit ouverte ; il faut de plus que le tuteur ait conscience de sa responsabilité, c'est-à-dire connaissance de sa vocation. Aucun motif ne permet de soumettre le tuteur légal à un régime plus rigoureux. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 103 bis I.

En premier lieu, la loi enjoint à certaines personnes de prendre inscription au nom du mineur ou de l'interdit. Cette obligation incombe au tuteur et au subrogé tuteur (articles 2136 et 2137). Quant à la sanction de cette obligation, elle est illusoire en ce qui concerne le tuteur : l'inexécution l'expose aux peines du stellionat (article 2136 alinéa 2), et nous nous sommes précédemment expliqués sur ce point ¹ ; elle est efficace, au contraire, en ce qui concerne le subrogé-tuteur : il doit veiller à ce que l'inscription soit prise par le tuteur et au besoin la requérir lui-même, sous sa « responsabilité personnelle et sous peine de tous dommages-intérêts » (article 2137). Cette responsabilité du subrogé-tuteur existe et au regard de l'incapable (mineur ou interdit), et au regard des tiers ². Grâce à elle, l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit n'est pas dépourvue de sanction comme l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale de la femme mariée ³.

En second lieu, la loi autorise certaines personnes à inscrire l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit. L'inscription peut être requise par le procureur de la République (article 2138), par les parents de l'incapable, même par ses amis ⁴, et par l'incapable lui-même (article 2139).

1. *Suprà*, p. 210.

2. Le subrogé-tuteur est responsable envers les tiers, notamment envers les créanciers qui ont stipulé des hypothèques conventionnelles à leur profit sans soupçonner l'existence de l'hypothèque légale par laquelle ils sont primés plus tard. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 860, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 528, texte et note 48, — Demante et Colmet de Sarterre, *Cours analytique*, IX, n° 109 bis II, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 157, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1536 ; — cpr. Angers 19 janvier 1892, D. P. 1892.II.212, — Cass. 15 novembre 1892, D. P. 1893.I.37, Sir. 1893.I.445 (note de M. Albert Tissier), — Grenoble 14 mai 1895, D. P. 1895.II.303, Sir. 1896.II.111, — Cass. 23 décembre 1895, D. P. 1896.I.481 (note de M. Louis Guénéé), Sir. 1896.I.181.

Le subrogé-tuteur est responsable vis-à-vis du pupille dans les cas où le défaut d'inscription lui est préjudiciable. Paris 26 février 1891, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1115. — Cpr. les auteurs précités, notamment Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *loc. cit.*, n° 1535.

Mais l'obligation ainsi imposée au subrogé-tuteur ne vise que l'hypothèque pupillaire, non les autres hypothèques légales dispensées d'inscription qui peuvent appartenir au mineur, par exemple du chef de sa mère prédécédée : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 529, — Nancy 28 février 1880, D. P. 1881.II.221, Sir. 1882.II.38. — *Secus*, Angers 24 janvier 1892, D. P. 1892.II.212.

3. *Suprà*, p. 210.

4. *Suprà*, n° 766.

Enfin, la loi supprime dans trois cas le bénéfice de la clandestinité, et soumet l'hypothèque du mineur ou de l'interdit à l'inscription sous peine de déchéance. Il en est ainsi : 1° en cas d'aliénation de l'immeuble par le tuteur, si l'acquéreur purge (article 2195), — 2° en cas de vente sur saisie à la requête des créanciers du tuteur, et en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique (articles 692 et 717 C. proc. civ., et article 17 de la loi du 3 mai 1841), — 3° quand la tutelle prend fin (loi du 23 mars 1855, article 8)¹, car c'est au mineur et à l'interdit, en cette qualité et à ce titre, que la dispense est accordée, de sorte qu'elle disparaît en même temps que cette qualité, en d'autres termes lorsque le mineur devient majeur, lorsque l'interdiction est levée ou que le pupille vient à mourir².

773. Il est inutile d'insister sur ce côté du sujet. Sous réserve des différences de fait qui résultent de ce qu'il s'agit du mineur ou de l'interdit au lieu de s'agir de la femme mariée³, le système est le même pour les deux hypothèques. Les articles 2136 et suivants sont d'ailleurs communs à toutes deux.

774. Résumons tout ce qui précède. Après les développements réunis sur les articles 2134 et 2135, la troisième différence signalée entre les diverses espèces d'hypothèques apparaît bien nettement. Elles ne sont pas toutes également soumises à la règle de la publicité ; d'où il résulte que le

1. L'article 8 de la loi du 23 mars 1855 a pris pour l'hypothèque légale du mineur et de l'interdit les mêmes précautions que pour celle de la femme mariée. Elle doit être inscrite dans l'année qui suit la cessation de la tutelle, pour conserver son rang unique à la date de l'entrée en fonctions du tuteur ; sans cela elle ne prend rang, au regard des tiers, que du jour de l'inscription. Poitiers 31 juillet 1893, D. P. 1895.II.41 (note de M. de Loynes).

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 815, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1505. — Mais l'hypothèque n'a pas besoin d'être inscrite à peine de déchéance quand le tuteur primitif est remplacé par un autre ou quand le mineur est émancipé : Pont, *loc. cit.*, n° 814, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 512, note 16, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 229, — Amiens 6 février 1864, D. P. 1864.V.209, Sir. 1864.II.93, — Agen 6 décembre 1864, D. P. 1865.II.26, Sir. 1865.II.138, — Alger 26 avril 1880, Sir. 1881.II.264.

3. Rappelons, par exemple, une différence déjà signalée. La responsabilité du subrogé-tuteur est une sanction efficace à l'obligation d'inscrire l'hypothèque légale quand il s'agit du mineur ou de l'interdit. S'agit-il au contraire de la femme, aucune responsabilité latérale à celle du mari ne constitue une sanction efficace. *Suprà*, p. 210 et 215.

rang de collocation se détermine pour chacune d'elles par application de procédés différents.

Deux règles se dégagent à cet égard.

a) En ce qui concerne les hypothèques assujetties à la publicité, autrement dit à l'inscription, c'est invariablement la date de l'inscription qui fixe le rang de collocation à l'ordre. Il en est ainsi : 1° pour les hypothèques conventionnelles, sans exception, — 2° pour les hypothèques judiciaires, sans exception encore, — 3° pour les hypothèques légales, sauf exception pour celles des femmes et des mineurs ou interdits. Même en ce qui concerne ces dernières, la règle redevient applicable en cas de dissolution du mariage ou de cessation de la tutelle, si l'inscription n'a été prise qu'après une année écoulée.

b) Quant aux deux hypothèques occultes, pendant le temps où elles le sont, le rang est indépendant de l'inscription ; il est fixé par la loi (article 2135).

Finalement, les conflits entre créanciers hypothécaires, quant au rang de collocation à l'ordre, se tranchent toujours par une considération de temps, par un rapprochement de dates : *prior tempore potior jure*.

775. Cependant, en dehors de ces données, il y a deux hypothèses de conflits que les règles énoncées ne suffisent pas à résoudre. Nous terminerons cette partie du sujet en indiquant ces deux hypothèses, et en faisant connaître comment de détermine le rang dans chacune d'elles.

La première est celle du concours de plusieurs hypothèques générales sur les biens acquis par le débiteur depuis que ces hypothèques existent, en d'autres termes sur les biens à venir. La seconde est celle du concours entre des hypothèques générales et des hypothèques spéciales.

PREMIÈRE HYPOTHÈSE.— *Concours d'hypothèques générales de dates différentes sur les biens à venir.*

776. Voici l'hypothèse, réduite à ses termes les plus simples. *Primus* se marie le 1^{er} février ; il est investi d'une tutelle de mineur ou d'interdit le 1^{er} mars ; il est condamné par jugement le 1^{er} avril et devient comptable de deniers publics le 1^{er} mai. Sur les immeubles lui appartenant existent ainsi quatre hypothèques générales.

Si on suppose qu'il s'est marié plusieurs fois, sans que, lors du second ou subséquent mariage, les droits et reprises de la précédente femme aient été réglés, — ou bien qu'il a géré successivement ou cumulativement plusieurs tutelles, — ou bien que plusieurs créanciers ont pris jugement contre lui, les hypothèques générales grevant les immeubles du débiteur peuvent être nombreuses quand un ordre s'ouvre sur le prix de l'un d'eux. On ne peut guère supposer qu'il soit en même temps comptable de deniers publics à plusieurs titres ; mais on peut supposer qu'il entre en fonctions comme comptable à un titre alors que les comptes d'une gestion antérieure, entreprise à un titre différent, n'ont pas été apurés et réglés ; c'est encore un cas de conflit entre hypothèques générales.

Il arrive rarement que les causes d'hypothèques générales s'accumulent dans de telles proportions en une seule et même personne. On peut au moins supposer qu'il en existe plusieurs.

Pour compléter les éléments de l'hypothèse, rappelons que deux de ces hypothèques ont rang indépendamment de toute inscription, que pour toutes l'inscription peut être prise sans indication de biens, et qu'il suffit d'une inscription par bureau. Chaque inscription d'hypothèque générale atteint tous les immeubles du débiteur situés dans la circonscription du bureau, ceux qu'il possède au moment de l'inscription et ceux qu'il acquerra dans l'avenir ; pour les hypothèques spéciales, au contraire, l'inscription ne vaut que si elle indique les biens affectés, et il faut une inscription par immeuble (article 2148-5°).

777. Dans quel ordre vont venir les créanciers à hypothèques générales, si plusieurs produisent à la même procédure ?

Relativement aux biens présents, autrement dit à ceux qui appartaient au débiteur au moment où l'hypothèque a été acquise au créancier, il n'y a pas de question. Chaque créancier est colloqué à la date de son inscription s'il s'agit d'une hypothèque soumise à la publicité, à la date fixée par la loi s'il s'agit d'une des deux hypothèques valant indépendamment de l'inscription. Pure application de la règle *prior tempore potior jure*.

Mais le débiteur acquiert un immeuble alors que plusieurs hypothèques générales existent de son chef et ont

acquis rang de collocation. Ces hypothèques affectent l'immeuble nouvellement acquis ; elles l'attendaient, le guettaient en quelque sorte, et fondent sur lui à l'instant où il entre dans le patrimoine du débiteur¹. Dans quel ordre l'atteignent-elles ?

Elles ont des dates et, par suite, des rangs différents quant aux biens présents. Vont-elles, sur le bien qui a été acquis alors qu'elles existaient déjà, concourir entre elles au *pro rata* des créances, attendu qu'elles l'ont atteint en même temps au moment où il est entré dans le patrimoine du débiteur ? Ou bien vont-elles conserver, même sur les biens à venir, le rang de préférence résultant de leurs dates respectives ? En d'autres termes, relativement aux hypothèques générales, réalisées quant aux biens présents et expectantes quant aux biens à venir, la priorité de rang acquise sur les biens actuels vaut-elle aussi sur les biens à venir ?

La solution de la pratique est très nette et d'ailleurs généralement acceptée par la doctrine². Le rang acquis en vertu d'hypothèques générales sur les immeubles actuels du débiteur l'est également sur ses immeubles à venir. Il est vrai qu'elles atteignent l'immeuble au même instant quand il entre au patrimoine du débiteur ; mais elles ne l'atteignent que dans l'ordre de leurs dates respectives, dans l'ordre où elles étaient rangées pour l'attendre ; elles l'atteignent en même temps, mais pas ensemble.

La question a été spécialement résolue en ce sens à propos de l'hypothèque judiciaire. Plusieurs créanciers ont pris jugement contre le débiteur et se sont inscrits. Puis le débiteur acquiert un immeuble. Comment les créanciers sont-ils colloqués sur le prix de cet immeuble ? Ils le sont dans l'ordre des inscriptions prises.

Quelques interprètes ont soutenu qu'ils doivent être colloqués en concours à la date de l'acquisition par le débiteur³.

1. Cpr. ce que nous avons dit quand nous avons rencontré cette hypothèse à propos des privilèges immobiliers, *suprà*, n° 586.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 732, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 808, texte et note 2, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 101 bis III, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 130, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1450 ; — Caen 5 avril 1856, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 940, Sir. 1857.II.63, — Cass. 5 novembre 1873, D. P. 1874.I.373, Sir. 1874.I.81.

3. Delvincourt, *Cours de Code civil*, 5^e édition, III, p. 318 et suiv., — Duranton, *Droit français*, 4^e édition, XIX, n° 325.

L'hypothèque, disent-ils, ne frappe un immeuble que s'il appartient au débiteur (article 2129), en d'autres termes au moment où il entre dans son patrimoine. Si on suppose plusieurs hypothèques attendant les immeubles à venir, elles les frappent toutes en même temps et viennent par conséquent en concours.

Mais cette idée est abandonnée. Ceux qui la défendent confondent la question de savoir quelle est l'époque à partir de laquelle l'immeuble se trouve grevé d'hypothèque avec celle de savoir d'après quelles données doit être réglée la préférence entre les créanciers auxquels l'immeuble est hypothéqué. Or les deux ordres d'idées sont tout différents.

Ainsi les hypothèques générales conservent, relativement aux biens à venir, le rang qu'elles ont d'après les règles applicables à chacune quant aux biens présents.

778. Toutefois, elles n'atteignent ainsi l'immeuble nouveau que dans l'état où il se trouve lors de l'acquisition. Par conséquent, elles ne l'atteignent que sous la réserve des droits acquis antérieurement par des tiers, l'eussent-ils été postérieurement à la date des hypothèques dont il s'agit.

Prenons un exemple. *Primus* est devenu tuteur le 1^{er} février; le mineur a rang d'hypothèque légale à cette date. Il s'est marié le 15; la femme a hypothèque à cette date pour ses conventions matrimoniales. Voilà deux hypothèques générales expectantes. Le 1^{er} avril, il achète un immeuble, déjà hypothéqué par son propriétaire à un créancier qui a pris inscription le 1^{er} mars. Un ordre est ouvert. Le créancier du vendeur, quoiqu'inscrit le 1^{er} mars, prime évidemment le mineur et la femme de l'acheteur, bien qu'ils aient rang le 1^{er} et le 15 février. Ces dates fixent le rang de la femme et du mineur dans leurs rapports entre eux; mais leurs hypothèques n'ont atteint l'immeuble acquis que dans l'état où il était lors de l'acquisition; donc elles ne passent, quoique antérieures en date, qu'après les hypothèques constituées par le vendeur.

La maxime *prior tempore potior jure* ne doit être appliquée aux hypothèques générales que sous cette réserve, qui s'impose en raison et en droit.

La loi du 5 septembre 1807, relative au privilège du Tré-

sur pour le recouvrement des frais en matière pénale¹, fournit une application notable de cette idée. L'article 3 établit le privilège sur les immeubles du condamné, et l'article 4 fixe le rang de ce privilège. Malgré son caractère de privilège, il ne passe qu'après les hypothèques déjà acquises ; par conséquent, en cas d'acquisition d'un immeuble par le débiteur, il ne passe qu'après tous les privilèges et hypothèques existant du chef du vendeur.

Ce point est important. C'est pour cela que les privilèges spéciaux sur les immeubles — privilèges du vendeur, des copartageants, des créanciers ou légataires séparatistes — n'ont rien à redouter des hypothèques générales constituées antérieurement du chef du débiteur — acheteur, copartageant ou héritier. Résultant de la qualité de la créance, ils sont acquis en même temps qu'elle et prennent rang à la date où ils sont acquis, à condition toutefois d'être régulièrement conservés. L'immeuble affecté par privilège ne passe au patrimoine du débiteur que déduction faite du privilège réservé ; par conséquent, les privilèges du vendeur, du copartageant, du créancier ou du légataire séparatiste priment tous les créanciers à hypothèque générale du chef de l'acheteur, du copartageant ou de l'héritier.

Toutes les parties du système se reliait de la sorte, et l'ensemble est absolument harmonique.

SECONDE HYPOTHÈSE. — *Concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales.*

779. Cette hypothèse donne lieu à des difficultés pratiques beaucoup plus embarrassantes. On reconnaît généralement que les solutions admises par l'usage ne sont pas satisfaisantes. Il se produit des conjonctures dont on ne sait comment se tirer.

Voici l'espèce. Un débiteur possède deux immeubles, A et B, valant chacun 100.000 francs. Il a deux créanciers, à chacun desquels il doit 100.000 francs. L'un a une hypothèque générale : par exemple c'est un créancier qui a obtenu un jugement ; l'autre a une hypothèque spéciale : c'est un créancier muni d'une hypothèque conventionnelle. Les deux immeubles sont donc grevés de l'hypothèque générale ; l'un

1. Voy. *suprà*, p. 30.

d'eux, l'immeuble B, est en outre grevé de l'hypothèque spéciale. De sorte que deux hypothèques, l'une générale et l'autre spéciale, sont en concours sur cet immeuble B; et nous supposons, en fait, que l'hypothèque générale est antérieure à l'hypothèque spéciale au point de vue du rang.

De quelle façon la situation va-t-elle se dénouer ?

L'ordre est ouvert sur l'immeuble A. Le créancier à hypothèque générale, qui occupe le premier rang, se fait colloquer sur l'immeuble A, qui n'est pas affecté au créancier muni de l'hypothèque spéciale. Celui-ci produira à l'ordre ouvert ultérieurement sur l'immeuble B, qui lui est spécialement affecté. L'un et l'autre seront payés par préférence. Tout le monde sera satisfait, sauf peut-être les créanciers chirographaires; mais il est inévitable pour eux d'être sacrifiés quand les créanciers hypothécaires absorbent la fortune du débiteur.

Changeons l'hypothèse. Supposons que l'ordre est ouvert sur le prix de l'immeuble B. Si le créancier à hypothèque générale, auquel les deux immeubles sont affectés, produit pour sa créance et absorbe le prix en distribution, le créancier à hypothèque spéciale n'aura plus que les droits d'un simple chirographaire. Si au contraire le créancier à hypothèque générale ne produit pas sur l'immeuble A et se réserve pour produire à l'ordre ultérieurement ouvert sur l'immeuble B, les deux créanciers seront désintéressés.

Voilà comment le conflit s'élève par suite du concours sur le même immeuble d'une hypothèque générale avec une hypothèque spéciale. Le créancier à hypothèque générale peut-il user de ses droits sans souci des droits du créancier à hypothèque spéciale ?

780. On est tenté de soutenir que le créancier à hypothèque spéciale peut exiger du créancier à hypothèque générale qu'il fasse d'abord valoir son droit sur l'immeuble non affecté spécialement par hypothèque, dans notre espèce sur l'immeuble A. Cette solution serait équitable; si on la rejette, il va dépendre du créancier à hypothèque générale d'annihiler en tout ou en partie l'hypothèque spéciale, ce qui peut donner lieu à des collusions.

Mais la solution n'est guère soutenable en droit. L'hypothèque est indivisible; le créancier a un droit égal sur

tous les immeubles qui lui sont affectés et il peut choisir celui sur lequel il lui plaît d'agir.

Même il est quelquefois tout naturel que ce créancier fasse valoir son droit sur l'immeuble affecté par l'hypothèque spéciale. Un des immeubles grevés de l'hypothèque générale est vendu; le créancier produit; pourquoi le contraindre à agir sur un autre, puisque l'occasion se présente de se faire payer sur celui-là?

D'ailleurs, quoi qu'on fasse, on ne satisfera jamais tout le monde. En effet, si le créancier à hypothèque spéciale voit son hypothèque absorbée par le créancier à hypothèque générale et devient simple chirographaire, il est un groupe de créanciers qui se féliciteront du résultat : ce sont les créanciers chirographaires. Si les deux créanciers hypothécaires étaient colloqués sur les deux immeubles, il ne resterait rien pour les créanciers chirographaires. Si le créancier à hypothèque générale absorbe le gage du créancier à hypothèque spéciale, celui-ci n'aura sur l'autre immeuble que les droits d'un créancier chirographaire, et les autres chirographaires partageront avec lui.

781. On a essayé de soutenir aussi que le créancier à hypothèque spéciale peut exiger au moins, sur le prix de l'immeuble qui ne lui est pas hypothéqué, une somme égale à celle qu'il aurait eue si le montant de l'hypothèque avait été réparti sur les deux immeubles proportionnellement à leur valeur. Le créancier à hypothèque spéciale serait, en quelque sorte, subrogé aux droits du créancier à hypothèque générale sur l'immeuble ou sur les immeubles non grevés de l'hypothèque spéciale¹.

Cette solution serait encore assez équitable. Dans l'espèce prévue, le créancier à hypothèque spéciale pouvait supposer que le créancier à hypothèque générale ne concentrerait pas son droit sur un seul immeuble. Il semble donc juste de lui attribuer la part sur laquelle il avait le droit de compter.

Mais la solution n'est pas plus acceptable que la précédente au point de vue du droit. D'une hypothèque sur un immeuble ne peut pas résulter un droit de préférence sur le prix d'un autre immeuble; d'autant plus que ces arrangements, favorables aux créanciers hypothécaires, ne se réa-

1. Voy. Sirey, *Code civil annoté*, 4^e édition (1901), article 2134, n^o 34.

liseraient qu'aux dépens des créanciers chirographaires. Où donc est-il fait allusion à une subrogation de cette nature dans l'article 1251 ?

782. D'ailleurs, il suffit d'introduire dans l'espèce un nouvel élément de fait pour montrer que l'expédient, admissible dans certains cas, ne l'est plus dans les autres.

Nous avons supposé que le débiteur possède deux immeubles valant tous deux 100.000 francs, qu'il y a un créancier à hypothèque générale pour 100.000 francs et un créancier à hypothèque spéciale sur l'immeuble B pour 100.000 francs. Selon que le créancier à hypothèque générale se fera colloquer sur un immeuble ou sur l'autre, le créancier à hypothèque spéciale sera colloqué par préférence ou réduit à la situation de simple chirographaire.

Aggravons un peu la condition du débiteur. Outre le créancier à hypothèque générale, auquel les deux immeubles sont affectés, il a deux créanciers à hypothèque spéciale, à chacun desquels il doit 100.000 francs, et auxquels les deux immeubles sont respectivement affectés. Selon que le créancier à hypothèque générale se fera colloquer sur l'un ou l'autre des deux immeubles, l'un des deux créanciers sera sacrifié et l'autre payé. A quels abus de pareilles situations ne vont-elles pas donner lieu ?

L'expédient proposé est donc inefficace.

783. Il est une autre personne dont les intérêts sont également en jeu dans ces conflits : c'est le tiers acquéreur. Un des immeubles est vendu ; l'acheteur paie son prix sans purger ; le créancier à hypothèque générale le poursuit ; le tiers détenteur peut-il le renvoyer à discuter l'immeuble resté aux mains du débiteur ? La proposition ne sera pas du goût du créancier à hypothèque spéciale, si c'est l'immeuble à lui affecté qui est resté aux mains du débiteur ¹.

784. La conjoncture peut être fâcheuse tantôt pour les uns, tantôt pour les autres. En droit, elle est des plus délicates. Législativement elle est des plus difficiles à régler ; il y a quelque combinaison à trouver, car la loi est insuffisante.

En attendant, il faut l'appliquer telle qu'elle. Or, à ne tenir compte que des principes généraux, le créancier qui a

1. Rennes 29 juillet 1895, D. P. 1896.II.71.

hypothèque sur deux immeubles peut exercer son droit sur celui qu'il lui plaît, au mieux de ses intérêts. *Neminem lædit qui jure suo utitur.*

La jurisprudence est en ce sens ¹.

Le créancier à hypothèque spéciale n'a qu'un moyen de prévenir le danger qui le menace : c'est de recourir au *jus offerendæ pecuniæ* (article 1251-2^o). Le créancier à hypothèque spéciale, en désintéressant le créancier qui le prime, aura deux créances qu'il fera valoir sur les deux immeubles et se trouvera ainsi garanti ².

785. Cependant la jurisprudence n'admet cette liberté d'action du créancier à hypothèque générale — soit dans ses rapports avec les autres créanciers, soit dans ses rapports avec les tiers acquéreurs — que sous deux réserves.

1^o Le créancier à hypothèque générale n'est pas admis à se faire colloquer sur le prix de l'immeuble affecté de l'hypothèque spéciale s'il est établi contre lui qu'il agit frauduleusement et dans l'unique intention de nuire au créancier à hypothèque spéciale ³.

2^o Le créancier à hypothèque générale ne peut pas se faire colloquer sur le prix de l'immeuble affecté par l'hypothèque spéciale lorsque le prix des divers immeubles du débiteur est distribué dans un seul et même ordre.

Si l'immeuble affecté par l'hypothèque spéciale a été seul aliéné, le créancier à hypothèque générale peut se faire colloquer sur le prix ; il ne saurait être renvoyé à discuter au préalable les autres immeubles affectés par son hypothèque. Sa liberté d'action n'est pas moins entière si deux ou plusieurs immeubles affectés par l'hypothèque générale sont aliénés et que plusieurs ordres soient ouverts dans des tribunaux différents pour la distribution des prix ; dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble affecté par l'hypothèque spéciale, on ne saurait l'écarter et le renvoyer à se faire colloquer dans l'ordre ou dans les ordres ouverts ail-

1. Cass. 14 novembre 1881, D. P. 1882.I.168, — Rennes 29 juillet 1895, D. P. 1896.II.71.

Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 675, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 336, — Laurent, *Principes*, XXX, n^o 181.

2. Caen 26 novembre 1870, D. P. 1873.II.181, Sir. 1871.II.263, — Douai 9 décembre 1874, D. P. 1872.V.268, Sir. 1871.II.266.

3. Cass. 14 novembre 1881, précité, — Rennes 29 juillet 1895, précité.

leurs sur le prix des autres immeubles affectés par son hypothèque générale.

Mais la solution change si la distribution des prix se fait dans un seul et même ordre. Tout ce qui est dû au créancier à hypothèque générale est alors réparti sur les immeubles qui lui sont hypothéqués, de sorte que le ou les créanciers à hypothèques spéciales conservent quelque chose ¹.

À moins toutefois que le créancier à hypothèque générale ne justifie d'un intérêt légitime à protester contre un pareil mode de distribution. Par exemple, *Primus* a deux créances de 100.000 francs chacune, dont la première est garantie par une hypothèque générale sur les immeubles A et B du débiteur, l'autre par une hypothèque spéciale sur l'immeuble B ; de son côté *Secundus*, investi d'une créance de 100.000 francs contre le même débiteur, s'est fait consentir sur l'immeuble A une hypothèque spéciale, qui a rang après l'hypothèque générale de *Primus*. L'intérêt de *Primus* est évidemment d'être colloqué pour la totalité de sa créance sur le prix de l'immeuble A, et la jurisprudence fait passer cet intérêt légitime avant l'intérêt de *Secundus* ².

En l'absence d'un intérêt légitime dûment justifié, les sommes dues au créancier à hypothèque générale sont réparties sur les divers immeubles.

786. Cette répartition paraît équitable. Mais elle ne l'est guère qu'en apparence. En effet, il y a un groupe de créanciers qui trouveront excessifs ces arrangements tendant à ce que chacun des créanciers hypothécaires réalise le bénéfice de la sûreté acquise, afin d'absorber tout l'actif : c'est le groupe des créanciers chirographaires, au détriment desquels, en fin de compte, ces diverses combinaisons interviennent.

Tous ces conflits d'intérêts sont délicats à régler, et ne peuvent être réglés d'une façon satisfaisante en l'état des textes. Le jeu des principes du droit commun amène parfois

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 678 texte et note 26.

2. *Ibid.*, texte et note 25, — Laurent, *Principes*, XXX, 181, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 100 bis VI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1964, — Guilouard, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1543 ; — Cass. 16 août 1847, Sir. 1847.I.832, — Bourges 30 avril 1853, Sir. 1854.II.97.

Voy. un autre exemple d'intérêt légitime dans l'arrêt précité de la Cour de Reanes du 29 juillet 1895, D.P. 1896.II.71.

des conjonctures étranges. Un débiteur a deux immeubles, A et B, puis deux créanciers, l'un ayant hypothèque sur l'immeuble B, l'autre chirographaire. Celui-ci prend un jugement ; en vertu de son hypothèque judiciaire, hypothèque générale, il fait saisir et vendre l'immeuble B. Voilà le créancier hypothécaire réduit à n'être qu'un créancier chirographaire. Et à combien de collusions semblables éventualités ne peuvent-elles pas donner lieu ?

Législativement, il y aurait bien un remède ; ce serait de supprimer les hypothèques générales. Elles ont déjà l'inconvénient d'écraser le crédit immobilier, souvent sans utilité ; de plus elles prêtent à des combinaisons d'équité douteuse, surtout l'hypothèque judiciaire ¹.

§ 4. — Toutes les hypothèques ne sont pas soumises à tous égards aux mêmes règles relativement à la forme et aux effets de l'inscription.

787. Nous serons très brefs en ce qui concerne cette quatrième différence entre les diverses hypothèques. Quelques indications suffiront, avec renvoi aux textes pour les détails complémentaires.

L'inscription, bien qu'elle ne soit qu'une formalité, une simple passation d'écritures, joue un rôle capital dans le fonctionnement du régime hypothécaire. En elle se résume une des idées fondamentales de ce régime : celle de la publicité. Tout y aboutit et tout en découle.

Tout y aboutit, puisque l'inscription, sauf pour deux des hypothèques légales et encore dans une mesure limitée, constitue la condition essentielle à laquelle est subordonné l'exercice du droit hypothécaire à l'égard des tiers ².

Tout en découle, car, sauf encore pour deux des hypothèques légales et toujours dans une mesure limitée, c'est d'elle que dépend le rang de collocation, ce qui est, en définitive, le résultat utile de l'hypothèque.

De là le soin extrême avec lequel la loi règle la procédure et les effets de l'inscription. Deux chapitres du titre *Des privilèges et hypothèques* y sont consacrés : le chapitre IV

1. *Suprà*, p. 402 et suiv.

2. *Ibid.*, nos 714 et suiv., p. 176 et suiv.

(articles 2146 et suivants), *Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques*, — et le chapitre V (articles 2157 et suivants), *De la radiation et réduction des inscriptions*.

De ces deux chapitres nous avons extrait déjà, chemin faisant, les dispositions les plus importantes, celles qui touchent au fond du système, à mesure que nous en avons rencontré l'application. Il reste seulement à relever quelques points spéciaux, quelques différences secondaires entre les diverses hypothèques en ce qui concerne d'abord la forme, puis les effets de l'inscription.

I. Différences entre les diverses espèces d'hypothèques quant à la forme de l'inscription.

788. Quant à la forme, il y a deux observations à faire.

A

789. La première n'est qu'une redite. L'inscription des hypothèques générales et celle des hypothèques spéciales diffèrent relativement aux mentions exigées dans les bordereaux d'inscription.

Nous avons dit déjà¹ que l'inscription, en la forme, consiste dans la transcription, sur le registre de remises ou d'ordre, du bordereau présenté par la personne qui requiert l'inscription (articles 2150 à 2200). C'est la date de cette transcription qui est celle de l'inscription. Le report sur le registre des inscriptions, qui est un des registres de formalités, n'est plus qu'une affaire d'écritures.

1. *Suprà*, tome I, p. 301 et suiv. — *Suprà*, p. 31.

Dans les développements qui vont suivre, nous supposons toujours qu'il s'agit d'hypothèques portant sur des immeubles, cas auquel l'inscription doit être prise à la conservation des hypothèques de la situation de l'immeuble. Quant à l'inscription des hypothèques sur navires, elle est prise à la recette des douanes du lieu où le navire est en construction ou du lieu où il est immatriculé. Le receveur des douanes est substitué au conservateur des hypothèques. Voy. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VI, n^o 1636.

Les navires, en effet, ont un domicile, qu'ils conservent au cours de leurs pérégrinations : le port d'attache. Ils ont un état civil, constaté par l'acte de francisation inscrit sur un registre tenu à la douane ; ce registre contient toutes les indications propres à faire connaître leur propriétaire, à établir leur individualité et les mutations dont ils sont l'objet. C'est là que l'usage veut qu'on se renseigne ; c'est là, par suite, qu'il convenait que l'inscription fût prise.

L'article 2148 indique ce que doit contenir le bordereau, et par là même ce que doit contenir l'inscription. Elle doit contenir tout ce qui intéresse les tiers. Les mentions nécessaires sont en principe communes à toutes les hypothèques, ainsi qu'aux privilèges immobiliers. Toutefois deux réserves doivent être faites à cet égard.

790. En premier lieu, pour les hypothèques spéciales, le bordereau doit, à peine de nullité, contenir l'indication du bien hypothéqué ; si plusieurs immeubles sont hypothéqués, il faut autant d'inscriptions qu'il y a de biens affectés. C'est l'application à l'inscription du principe de la spécialité¹. Au contraire, pour les hypothèques générales, l'inscription peut se faire sans indication des biens. Une inscription collective et unique vaut cumulativement pour tous les immeubles, spécifiés ou non, qui sont compris dans l'arrondissement, présents et à venir (article 2148-5^o)².

791. En second lieu, il y a trois hypothèques à l'égard desquelles une autre mention, qui est nécessaire pour toutes les autres, n'est pas indispensable : c'est la mention du montant de la créance.

En principe le bordereau et l'inscription doivent spécifier le montant de la créance³ : le montant exact si elle est liquide, le montant évalué approximativement si elle est encore indéterminée (article 2148-4^o). Ils doivent indiquer aussi le montant des « accessoires » de la créance, dit l'arti-

1. Sur les clauses qui contiennent une désignation suffisante, voy. Cass. 12 novembre 1890, D. P. 1891.V.307, Sir. 1891.I.199, — Paris 11 avril 1892, D. P. 1894.II.79, Sir. 1894.II.131, — Cass. 27 novembre 1893, D. P. 1894.I.566, Sir. 1894.I.349.

Sur les mentions que doit contenir l'inscription des privilèges, voy. *suprà*, p. 31. — Cpr. Grenoble 11 juillet 1893, D.P. 1894.II.543.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1000, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 554 et 555, — Paris 9 décembre 1890, D. P. 1891.II.368.

Ce que nous venons de dire ne s'applique ni à l'hypothèque légale de l'Etat sur les immeubles de ses comptables, devenue spéciale depuis la loi du 5 septembre 1807 (*suprà*, n^o 603), ni aux privilèges dégénérés en hypothèques (*suprà*, p. 58 et suiv., et p. 96).

3. L'évaluation faite dans l'inscription limite l'efficacité de l'hypothèque à l'égard des tiers. La collocation du créancier ne peut, en aucun cas, dépasser la somme pour laquelle il a inscrit son hypothèque. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 900, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 558, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1636 ; — Nîmes 23 novembre 1869 et Cass. 20 mars 1872, D. P. 1872.I.401, Sir. 1872.I.165, — Paris 27 juillet 1878 et Cass. 8 juillet 1879, D.P. 1880.I.293, Sir. 1881.I.61.

cle 2148-4° *in fine*, c'est-à-dire le montant des intérêts dus à l'époque de l'inscription, puis le taux des intérêts à échoir, les dommages-intérêts s'il y a lieu, enfin les frais faits ou à faire¹. C'est encore une des applications à l'inscription du principe de la spécialité.

Or ces indications cessent d'être indispensables, aux termes de l'article 2153, pour les trois hypothèques légales et générales de l'article 2121 : celles de la femme mariée, des mineurs et interdits, de l'Etat et des établissements publics sur les biens des comptables. La raison est facile à saisir. Ces trois hypothèques, à l'inverse de toutes les autres, garantissent des créances indéterminées, dont le nombre et le chiffre, dépendant d'événements à venir, ne peuvent être ni prévus ni spécifiés et doivent, par conséquent, être réservés ; de sorte qu'on peut bien indiquer la nature des droits à conserver, mais non leur *quantum*, même par évaluation approximative.

792. Toutefois cette règle n'a rien d'absolu en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme.

Lorsque le montant des créances de la femme a été fixé à l'aide d'une liquidation opérée après la dissolution du mariage ou après la séparation de biens, ce montant doit être indiqué dans le bordereau à peine de nullité. Tout le monde est d'accord sur ce point.

Si, au contraire, aucune liquidation n'est encore intervenue, deux tendances divergentes se manifestent en doctrine et en jurisprudence.

Pendant longtemps, auteurs et arrêts ont enseigné que l'évaluation du montant des créances de la femme n'est jamais nécessaire. Tant que la liquidation n'a pas eu lieu, les droits et reprises de la femme doivent être considérés comme indéterminés, au sens de l'article 2153². Cette manière de voir est assurément la plus conforme aux intentions du lé-

1. Sur les mentions à insérer dans l'inscription en ce qui concerne les dommages-intérêts, voy. Cass. 30 décembre 1868, D.P. 4869.I.88, Sir. 1869.I.170, — trib. de Grenoble 2 mai 1870, D.P. 1871.V.217, — Cass. 14 août 1883, D.P. 1884.I.64, Sir. 1884.I.24.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 570, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 997, — Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1128, — Labbé, note dans Sir. 1882.II.185. — Rouen 13 juin 1850, D. P. 1850.II.120, — Bordeaux 18 novembre 1890, D. P. 1894.II.569, — 27 novembre 1894, D. P. 1896.II.366.

gislateur, telles qu'elles se dégagent des travaux préparatoires ¹. Elle est en harmonie avec la théorie d'après laquelle les époux sont en compte-courant tant que dure l'association conjugale et ne deviennent l'un créancier, l'autre débiteur de récompenses qu'après la dissolution, suivant les résultats de la balance des deux comptes.

Mais un mouvement de réaction s'est produit contre ces idées. Tout en admettant la dispense d'évaluation pour les créances indéterminées quant à leur objet, certains auteurs et plusieurs arrêts ² prescrivent d'évaluer les créances dont le chiffre est connu de la femme pendant le mariage, ou dont le montant peut être fixé au moment où l'hypothèque est inscrite. Par exemple, le chiffre des reprises de la femme est fixé par la constitution de dot elle-même ; ou bien la femme est créancière du prix d'un de ses propres aliéné au cours du mariage, prix dont le montant a été versé entre les mains du mari. Dans tous ces cas, les créances de la femme ont un objet déterminé ; il est donc conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 2153 que le montant en soit évalué dans l'inscription. Cette solution est un peu dangereuse pour la femme ; mais elle s'inspire d'un louable sentiment de réaction contre le caractère indéterminé de son hypothèque, et constitue un acheminement vers la réforme du régime de cette hypothèque ³.

B

793. Passons à la seconde observation relative à la forme et au rôle de l'inscription.

Il faut distinguer deux sortes d'inscriptions : l'inscription principale, ou originaire, appelée souvent première inscription, et l'inscription en renouvellement. L'inscription originaire est celle que le créancier doit prendre pour rendre son droit opposable aux tiers, soit quant au rang, soit quant au

1. Voy. le rapport de Bigot-Préameneu dans la séance du 12 pluviôse an XII (Fenet, XV, p. 325, — Locré, XVI, p. 419 et suiv.), — puis les discours de Tronchet et de Portalis dans cette même séance et dans celle du 19 pluviôse (Fenet, XV, p. 292, 303, 305 et 316, — Locré, XVI, p. 181 et suiv., 193, 195 et suiv., 208).

2. En ce sens, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 4685 ; — Montpellier 4 août 1890, D.P. 1891.II.134, — Aix 20 novembre 1891, D.P. 1892.II.585 (note M. Planiol), Sir. 1892.II.47.

3. *Suprà*, p. 85 et p. 194-195.

droit de suite. L'inscription en renouvellement est celle que le créancier déjà inscrit doit prendre pour éviter la péremption décennale établie par l'article 2154 : « Les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilège pendant dix années à compter du jour de leur date ; leur effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

794. Les inscriptions prises se périment donc par dix ans. Pourquoi cette péremption ? Elle s'explique par des considérations d'utilité pratique.

a) D'abord, elle est un moyen de simplifier les écritures de la conservation des hypothèques. Si les inscriptions avaient assuré effet aux hypothèques et privilèges sans aucune limitation de durée, les recherches dans les registres seraient devenues trop compliquées à la longue. Une collection répondant à une période de dix ans est déjà considérable ; que serait-ce s'il fallait conserver indéfiniment les registres ? Pour délivrer des certificats, les conservateurs devraient compulsier des séries interminables de volumes, ce qui multiplierait les chances d'erreur et rendrait singulièrement lourdes les responsabilités éventuelles à encourir. Avec la règle de l'article 2154, les conservateurs n'ont à consulter que les registres des dix dernières années.

La raison n'est pas décisive, car les transcriptions d'actes de mutation en matière immobilière produisent effet sans limitation de temps. Il en résulte que les registres de remises ou d'ordre, qui contiennent les réquisitions soit de transcription, soit d'inscription, doivent être indéfiniment conservés et consultés. Et si les registres de transcriptions doivent être conservés et consultés indéfiniment, pourquoi n'en serait-il pas de même des registres d'inscriptions ? Pourquoi reculer, quand il s'agit des inscriptions, devant des difficultés qu'on accepte quand il s'agit des transcriptions ?

b) On a considéré d'autre part — et la raison est meilleure — que la péremption est utile à la propriété foncière. Grâce à elle les inscriptions disparaissent d'elles-mêmes quand privilège ou l'hypothèque a produit son effet, autrement dit quand la dette est payée, sans qu'il soit besoin pour le créancier d'en donner main-levée ou pour le débiteur d'en poursuivre la radiation. La propriété se libère ainsi d'elle-

même. Sans la péremption décennale, on laisserait subsister par négligence des inscriptions dépourvues d'utilité, ce qui gênerait le crédit.

S'il arrive exceptionnellement que la dette ne soit pas payée au bout de dix ans, le créancier en sera quitte pour prendre une inscription en renouvellement. Sans doute il résulte de là, pour lui, la charge d'une formalité et des quelques frais qu'elle entraîne. Mais cet inconvénient est léger en comparaison du trouble auquel la propriété foncière finirait par être exposée sans la péremption décennale. Il deviendrait impossible de connaître exactement l'état de la propriété¹.

Telles sont les raisons qui ont fait établir la péremption décennale².

795. Ainsi comprise, la disposition de l'article 2154 est générale. Elle s'applique à toutes les inscriptions³, à celle des privilèges immobiliers⁴ comme à celle des hypothèques conventionnelles ou judiciaires et à celle des hypothèques légales, même dispensées d'inscription⁵, sous cette réserve,

1. Cela est si vrai qu'il est très difficile, même avec le système de la péremption, d'estimer avec exactitude le montant de la dette hypothécaire. Les statisticiens l'évaluent à sept milliards. Mais l'évaluation est forcément approximative. En effet, parmi les inscriptions relevées, combien n'y en a-t-il pas qui subsistent après que la dette est payée ? Et d'autre part, les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits existent quoique non inscrites.

2. Ces raisons ne sont évidemment pas décisives. Il est bon d'indiquer que la péremption décennale a été supprimée par la commission du cadastre dans les projets de réforme élaborés par elle. Voy. sur ce point et plus généralement sur les avantages et les inconvénients de la péremption décennale : Besson, *Les livres fonciers*, p. 268, — Flour de St-Genis, *Le crédit territorial et la réforme hypothécaire*, 2^e édition, p. 163, — Paul Magnin, *op. laud.*, p. 58 et 59.

3. Au point de vue de l'application de l'article 2154 aussi bien qu'à tous autres égards, il faut regarder comme une véritable inscription la transcription qui sert à conserver : 1^o le privilège des architectes, entrepreneurs et ouvriers, — 2^o le privilège des entrepreneurs de dessèchement de marais. En effet, cette transcription n'est en réalité qu'une inscription se présentant sous une forme particulière et soumise au régime des inscriptions. Voy. *suprà*, n^o 545, p. 47 et 48.

La doctrine et la jurisprudence sont cependant en sens contraire. Proudhon, *Du domaine public*, n^o 1630, — Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1751. — Cpr. Cass. 28 mars 1854, D. P. 1854.I.181, Sir. 1854.I.334.

4. *Suprà*, n^o 529, p. 32.

5. La loi du 11 brumaire an VII (article 23) dispensait de tout renouvellement les inscriptions d'hypothèques légales. Le Code civil n'a pas reproduit

en ce qui concerne ces dernières, que le défaut de renouvellement n'en compromet pas le rang tant que la dispense d'inscription subsiste.

La nécessité du renouvellement s'applique même à l'inscription d'office que le conservateur doit prendre en ce qui concerne le privilège du vendeur (article 2108) ¹.

796. Si générale que soit la règle, elle n'est pas cependant sans exceptions. Il faut en signaler deux.

1^o Il y a un créancier qui échappe à l'application de l'article 2154. C'est le Crédit foncier, en vertu du décret-loi du 28 février 1852 : « Les inscriptions hypothécaires prises au profit des sociétés de crédit foncier, dit l'article 47, sont dispensées, pendant toute la durée du prêt, du renouvellement décennal prescrit par l'article 2154 du Code civil. » Les prêts du Crédit foncier sont des prêts à très long terme, dont le remboursement s'effectue par voie d'amortissement ; la péremption ne se comprendrait pas en ce qui les concerne.

Cette exception enlève à l'article 2154 presque toute son utilité. Dès qu'il existe ne fût-ce qu'un seul créancier auquel l'article 2154 est inapplicable, ne va-t-il pas falloir conserver les registres indéfiniment et y faire des recherches ? Que devient alors la simplification que l'article 2154 a pour but de réaliser ² ?

cette règle, et la nécessité du renouvellement est affirmée par l'avis du Conseil d'Etat des 13 décembre 1807-22 janvier 1808. L'obligation de renouveler l'inscription incombe aux personnes qui ont mission de prendre l'inscription (article 2136) sous la même sanction. *Suprà*, p. 209 et suiv.

1. *Suprà*, p. 32 et 40. — On a prétendu que la transcription conserve indéfiniment le privilège du vendeur. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n^o 274, II, n^o 1049, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1104 à 1106, — Mourlon, *Transcription*, II, nos 694 et 695, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 134 bis IX ; — Toulon 2 avril 1895, D. P. 1897. II 57.

Cette solution est inconciliable avec le texte de l'article 2108, aux termes duquel la transcription vaut inscription, mais ne vaut pas davantage. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 608, texte et note 3, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 302, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1751. — Cass. 2 décembre 1863, D. P. 1864. I. 105. Sir. 1864. I. 57. — 7 mars 1865, D. P. 1865. I. 121, Sir. 1865. I. 165, — Toulouse 8 mai 1888, D. P. 1889. II. 208, — Cass. 24 mars 1891, Sir. 1891. I. 209 (note de M. Lyon-Caen), — Douai 4 avril 1895, D. P. 1897. II. 57 (note de M. de Loynes).

2. Cela est d'autant plus vrai que l'opinion générale ne distingue pas entre le cas où l'hypothèque a été consentie directement au profit du Crédit foncier et celui où l'hypothèque, consentie au profit d'un tiers, a été transmise au Crédit foncier par l'effet d'une subrogation. La disposition de l'ar-

2° L'autre exception résulte de la loi du 21 ventôse an VII, qui organise les conservations d'hypothèques. Les conservateurs doivent fournir un cautionnement en immeubles, ou, depuis 1864, en rentes sur l'Etat. Si leur cautionnement est constitué en immeubles, ces immeubles sont affectés par privilège aux créanciers pour faits de charge¹. Or l'article 7 de la loi de ventôse est ainsi conçu : « L'inscription du cautionnement sera faite à la diligence et aux frais du préposé ; elle subsistera pendant toute la durée de sa responsabilité, sans avoir besoin d'être renouvelée »².

797. Sous réserve de ces exceptions, la règle reste générale.

C'est aux créanciers et aux personnes chargées de veiller à leurs intérêts qu'il appartient de requérir le renouvellement. S'agit-il d'hypothèques conventionnelles, le notaire, quand il a dû faire inscrire l'hypothèque, doit veiller au renouvellement³.

ticle 47 du décret du 28 février 1852 est des plus générales. Josseau, *Traité du Crédit foncier*, I, n° 523.

Il peut arriver qu'un tiers soit subrogé à l'hypothèque du Crédit foncier, lorsque, étant lui-même créancier, il paie le Crédit qui lui est préférable à raison de son hypothèque (article 1251-2°). Un arrêt a admis que ce tiers doit bénéficier de la dispense de renouvellement : Toulouse 1^{er} mars 1889, D. P. 1890.II.70, Sir.1890.II,129. Cette solution est difficile à admettre, car le décret de 1852 accorde au Crédit foncier une faveur qui est de droit étroit. La Cour de Toulouse répond que la dispense de renouvellement est un bénéfice attaché à la créance, un avantage inhérent à l'hypothèque, et qui doit se transmettre avec elle. Voy. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1759.

1. *Suprà*, tome I, p. 300.

2. Un avis du Conseil d'Etat des 18 avril-4 juin 1809 décide que l'article 2154 a abrogé la loi de ventôse an VII. Mais cet avis, n'ayant pas été inséré au Bulletin des Lois, n'a aucune autorité en matière d'interprétation législative. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 54.

3. Le notaire qui reçoit un contrat hypothécaire n'est pas tenu, en principe, de remplir les formalités extrinsèques destinées à en assurer l'exécution, notamment de requérir l'inscription qui donne à l'hypothèque son efficacité. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 937, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 534, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1620 ; — cpr. Cass. 14 février 1855, D. P. 1855.I.170, Sir. 1855.I.171, — 15 décembre 1874, D. P. 1875.I.453, Sir. 1875.I.242, — Montpellier 30 juin 1890, D. P. 1891.II.181, — Cass. 6 juin 1894, D. 1894.I.359, Sir. 1895.I.395, — 18 novembre 1895, D. P. 1896.I.16, Sir. 1896.I.500, — 22 février 1897, D. P. 1897.I.200.

Il en est autrement si le notaire a reçu des parties mandat exprès ou tacite de prendre inscription. Il est alors tenu non comme notaire, mais comme mandataire. Aix 10 décembre 1881, *Le Droit* du 31 janvier 1882, —

798. Une question toute spéciale s'est élevée dans deux cas.

1° A propos du privilège du vendeur, on s'est demandé si le conservateur des hypothèques, qui doit en prendre inscription d'office, sous sa responsabilité, à la suite de la transcription (article 2107), doit en outre effectuer d'office le renouvellement. La solution négative est certaine. L'avis du Conseil d'État des 15 décembre 1807-22 janvier 1808, qui subordonne la conservation du privilège au renouvellement de l'inscription prise d'office, dit expressément que c'est au vendeur à veiller à l'accomplissement de cette formalité.

2° A propos des privilèges ou hypothèques de l'État sur les biens des comptables, le préposé à la conservation doit-il opérer le renouvellement ? Cette obligation ne lui est imposée nulle part.

799. Toutes ces solutions sont simples. Une seule question est obscure : celle de savoir jusqu'à quel moment précis le créancier doit renouveler son inscription.

Comme règle générale, on ne saurait formuler que la suivante. L'inscription doit être renouvelée tant que le créancier peut avoir à invoquer son privilège ou son hypothèque. Il ne peut l'invoquer que si l'inscription existe ; il doit donc veiller à conserver jusque-là une inscription encore utile, par conséquent renouveler l'inscription que la péremption menace.

Or le privilège ou l'hypothèque produit son effet définitif le jour où le droit du créancier est reporté de l'immeuble sur le prix. Le reste n'est plus qu'affaire de liquidation.

Mais quel est ce moment ?

D'une façon générale, le droit du créancier ne se transporte sur le prix que quand l'immeuble grevé est sorti du patrimoine du débiteur par une aliénation ; tant qu'il n'y a pas

Bordeaux 9 mai 1891, D. P. 1895.II.492, — Pau 20 juin 1892, D. P. 1893.II.161, — Cass. 18 janvier 1892, D. P. 1894.I.454, Sir. 1892.I.255.

Quelques arrêts récents obligent le notaire à prendre inscription, sous sa responsabilité personnelle, par cela seul qu'il a reçu l'acte : Nancy 9 février 1894, D. P. 1895.II.393, — Rennes 21 février 1893, D. P. 1894.II.442, Sir. 1895.II.103.

Quant au renouvellement, certains arrêts décident que le notaire n'est jamais tenu d'opérer le renouvellement, à moins qu'il n'ait reçu mandat à cet égard : Pau 24 avril 1893, D. P. 1894.II.442, Sir. 1895.II.104, — Rennes 21 février 1893, précité. — D'après d'autres, si le notaire avait à prendre l'inscription pour une cause ou pour une autre, il est tenu de la faire renouveler : Aix 10 décembre 1881, précité.

eu mutation de propriété, l'hypothèque n'a pas produit son effet légal et le créancier ne doit pas se dispenser de renouveler l'inscription.

Tel est le principe auquel se rattachent les solutions admises dans les diverses éventualités.

1^o En cas de vente sur saisie immobilière, l'inscription doit être considérée comme ayant produit son effet à partir de la transcription du jugement d'adjudication. Cette transcription arrête le cours des inscriptions. Donc l'effet de l'hypothèque est produit ; il n'y a plus qu'à faire valoir l'hypothèque sur le prix, et les créanciers n'ont plus à renouveler leurs inscriptions ¹.

2^o En cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'inscription produit son effet à l'expiration de la quinzaine qui suit la transcription du jugement d'expropriation (loi du 3 mai 1841, article 17). Le prix est dû aux créanciers hypothécaires qui sont inscrits à cette date ; par conséquent il n'y a plus lieu à renouvellement ².

3^o En cas de vente volontaire suivie de purge, l'inscription produit son effet définitif par l'expiration du délai de surenchère. Le tiers acquéreur s'est obligé à payer le prix

1. Certains auteurs admettent que le droit du créancier hypothécaire est transporté sur le prix et que, par conséquent, le renouvellement devient inutile à partir du jugement d'adjudication lui-même et avant qu'il ne soit transcrit. *Sic* : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 613. texte et note 14, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 134 bis XVII et XVIII, — Mérignhac, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n^o 59.

Cette solution était consacrée par la jurisprudence avant les lois du 23 mars 1855 et du 21 mai 1858. Voy. Cass. 20 décembre 1831, Dalloz, *Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 667, Sir. 1832.I.151. Mais elle est devenue inadmissible depuis lors, car ce n'est plus désormais le jugement d'adjudication, mais la transcription de ce jugement qui arrête le cours des inscriptions hypothécaires du chef du saisi sur l'immeuble.

Sic : Bressolles *Transcription*, n^o 80, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 152, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1791 ; — cpr. Cass. 14 novembre 1882, D. P. 1883.I.271, Sir. 1883.I.177, — Aix 19 juin 1884, D. P. 1886.II.172, Sir. 1884.II.155, — Bordeaux 1^{er} décembre 1885, D. P. 1887.II.12, Sir. 1887.II.167, — Bastia 30 avril 1888 et Cass. 4 mai 1891, D. P. 1892.I.9, Sir. 1891.I.373, — trib. de Cahors 25 janvier 1892, D. P. 1892.II.418.

Secus : Bordeaux 19 novembre 1868, Sir. 1869.II.117, — Chambéry 19 mai 1869, D. P. 1869.II.164, — Caen 9 mai 1871, D. P. 1876.II.102, Sir. 1872.II.225, — Agen 16 novembre 1886, D. P. 1887.II.109, Sir. 1887.II.228, — Toulouse 1^{er} mars 1889, D. P. 1890.II.70, Sir. 1890.II.129.

2. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 615, texte et note 17, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 134 bis XXI.

par les notifications faites aux termes de l'article 2183 ; le droit au prix est donc acquis aux créanciers. Mais, tant que le délai de surenchère n'est pas écoulé, les créanciers doivent renouveler leurs inscriptions s'ils veulent conserver la faculté de surenchérir qui constitue l'exercice de l'hypothèque ¹.

En dehors de ces hypothèses, le droit du créancier subsiste jusqu'au paiement. Donc il doit jusque-là renouveler son inscription s'il y a lieu ².

800. Telle est l'inscription en renouvellement, par opposition à l'inscription originale. Si on les compare l'une à l'autre, deux différences apparaissent entre elles.

La première a trait au fond. L'inscription en renouvellement n'est pas, comme la première, attributive du rang hypothécaire, mais simplement conservatoire du rang antérieurement acquis. C'est bien ce qui résulte de l'arti-

1. Sic : Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 152, — Cass. 14 novembre 1882, D. P. 1883.I.271, Sir. 1883.I.177.

D'après la majorité des auteurs, l'hypothèque produit son effet légal du jour où l'acquéreur fait aux créanciers les notifications à fin de purge et les offres de paiement prescrites par l'article 2183. Ces offres sont, en effet, la condition même de la purge et il n'appartient pas à l'acquéreur de les retirer; il est engagé par elles envers les créanciers hypothécaires qui ont un droit acquis au paiement ou à la faculté de surenchérir, autrement dit un droit sur le prix. Les inscriptions n'ont plus, dès lors, à être renouvelées. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 617 et 618, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1805, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 134 bis XIV. Cette thèse a été consacrée à diverses reprises par la Cour de cassation : 21 mars 1848, D. P. 1848.I.117, Sir. 1848.I.273, — 19 juillet 1858, D. P. 1858.I.345, Sir. 1859.I.25, — 15 mars 1876, D. P. 1878.I.64, Sir. 1876.I.216. Puis la Cour, par l'arrêt précité du 14 novembre 1882, admit, conformément à l'opinion développée au texte et soutenue par Pont (*Privilèges et hypothèques*, II, n° 1060), que l'inscription épuise son effet seulement à l'expiration du délai de surenchère. Finalement la Cour est revenue à sa jurisprudence antérieure : Cass. 22 novembre 1893, D. P. 1894.I.153, Sir. 1894.I.337.

2. Par exemple, la transcription de la saisie qui a été pratiquée sur l'immeuble hypothéqué, même après que les créanciers ont reçu les sommations prescrites par l'article 692 du Code de procédure civile, n'opère pas dessaisissement du débiteur ; le créancier doit renouveler son inscription pour conserver à l'hypothèque son rang primitif. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 612, texte et note 13, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1054, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 134 bis XVII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 152, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1783 ; — cpr. Nîmes 11 juillet 1884, D. P. 1885. II.159, Sir. 1884.II.155.

cle 2154 : « Son effet cesse si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

En conséquence, lorsque le renouvellement est opéré en temps utile, l'effet de la première inscription continue pendant une nouvelle période de dix ans, et l'inscription en renouvellement est purement conservatoire. Quand il est tardif, l'inscription en renouvellement ne se rattache pas à l'inscription antérieure ; elle ne vaut que comme inscription nouvelle, si toutefois une inscription est encore possible¹, et ne donne rang qu'à sa date ; s'il y a eu d'autres inscriptions prises dans l'intervalle, le classement des créances se trouve modifié d'une façon complète.

La seconde différence est de pure forme. L'inscription en renouvellement ne s'opère pas tout à fait de la même manière que la première inscription.

a) L'inscription en renouvellement se réfère à l'inscription antérieure ; le bordereau doit donc contenir la mention formelle que l'inscription est prise en renouvellement. Cette mention est essentielle pour que les tiers soient avertis qu'il s'agit non de l'acquisition d'un droit nouveau mais de la conservation d'un droit ancien, ce qui peut leur importer grandement. Faute de se référer formellement à l'inscription antérieure, l'inscription en renouvellement ne vaudrait que comme inscription nouvelle, ce qui pourrait amener un changement complet dans la situation du créancier².

En cas de renouvellements successifs, il n'est pas nécessaire que chacun d'eux fasse mention de la date des précédents et de l'inscription originaire. Il suffit que chaque inscription indique exactement celle en renouvellement de

1. D'après certains arrêts, l'inscription d'office du privilège du vendeur, non renouvelée dans les dix ans de sa date, ne peut plus l'être après le jugement déclaratif : Cass. 24 mars 1891, Sir. 1891.I.209 (note de M. Lyon-Caen). — D'après d'autres, la péremption laisse subsister le privilège et la faculté de le conserver à la date où il a pris naissance, par une nouvelle inscription, tant que l'immeuble vendu n'est pas sorti du patrimoine du débiteur par une revente dûment transcrite : Nancy 3 février 1894, D. P. 1892. II.161, — Pau 24 juin 1891, D. 1892.II.349.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 624, texte et note 36, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1768. — Cass. 25 janvier 1853, D. P. 1853.I.12, Sir. 1853.I.423, — Agen 22 janvier 1861, D. P. 1861.II.148, Sir. 1861.II.538, — Cass. 16 février 1864, D. P. 1864.I.90, Sir. 1864.I.289, — 6 juillet 1881, D. P. 1882.I.348, Sir. 1882.I.455, — Riom 27 mai 1884, D. P. 1885.II.229, — Cass. 23 avril 1894, D. P. 1894.I.535, Sir. 1894.I.224.

laquelle elle est prise ; les tiers peuvent, de la sorte, remonter jusqu'à la première inscription et se procurer par là tous les renseignements dont ils ont besoin ¹.

b) On admet généralement que le bordereau en renouvellement peut ne pas contenir toutes les énonciations de l'article 2148, lorsque l'inscription à maintenir s'y trouve rappelée avec assez de précision pour que toute confusion soit impossible ².

II. Différences entre les diverses espèces d'hypothèques quant aux effets de l'inscription.

801. Nous avons à cet égard deux indications à présenter. La seconde seule va introduire une notion nouvelle et complémentaire.

PREMIÈRE INDICATION

802. Elle concerne la distinction, déjà signalée dans une de ses applications ³, entre les inscriptions simplement conservatoires et les inscriptions attributives de droits.

803. Certaines inscriptions sont conservatoires, en ce sens que, sans faire acquérir un droit nouveau, elles maintiennent un droit antérieurement acquis.

Ce caractère appartient aux inscriptions suivantes.

1^o Les inscriptions en renouvellement prises en temps utile, c'est-à-dire avant l'expiration des dix ans. Elles se rattachent à l'inscription originaire et se confondent avec elle quant aux effets.

2^o Les inscriptions d'hypothèques dispensées d'inscription, tant que ces hypothèques conservent le bénéfice de cette dispense. L'hypothèque des femmes mariées le conserve pendant le mariage et pendant l'année qui suit la dissolution, l'hypothèque des mineurs et interdits pendant la tutelle et pendant l'année qui suit la majorité ou la mainlevée de l'in-

1. Paris 6 août 1868, Sir. 1869.II.43, — Cass. 6 juillet 1881, D.P. 1882.I.348, Sir. 1882.I.435, — Douai 27 décembre 1892, D.P. 1893.II.525, Sir. 1894.II.28.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1052, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 623 et 624, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1767 ; — Metz 22 janvier 1862, D.P. 1863.V.200, Sir. 1862.II.380, — Cass. 9 février 1891, D. P. 1892.I.41, Sir. 1892.I.113 (note de M. Labbé). — 5 avril 1892, D. P. 1892.I.283, Sir. 1892.I.489, — Douai 27 décembre 1892, précité, — Cass. 23 avril 1894, D. P. 1894.I.535, Sir. 1894.I.224.

3. *Suprà*, n^o 800.

terdiction¹. Tant que ces hypothèques restent dispensées d'inscription, l'inscription qui en est prise confirme le rang légal.

3° Les inscriptions de privilèges sur immeubles requises dans le délai de conservation. Ces inscriptions ne confèrent pas le rang; elles maintiennent au créancier celui qu'il tient de la loi, eu égard à la qualité de sa créance².

804. D'autres inscriptions sont attributives, en ce sens qu'elles procurent un droit que le créancier n'avait pas auparavant et qu'il n'aurait pas sans l'inscription.

Ce caractère appartient aux inscriptions suivantes.

1° Les inscriptions originaires (article 2134).

2° Les inscriptions en renouvellement prises tardivement, après l'expiration des dix ans³. Elles ne valent que comme inscriptions nouvelles et sont, par conséquent, de véritables inscriptions originaires.

3° Les inscriptions de privilèges sur immeubles prises après le délai régulier de conservation (article 2113)⁴.

805. La différence est trop apparente pour qu'il soit nécessaire d'insister. Bornons-nous à en suivre l'application.

Il y a grand intérêt à distinguer les inscriptions conservatoires des inscriptions originaires. Les inscriptions conservatoires, précisément parce qu'elles ne font acquérir aucun droit nouveau et maintiennent seulement un droit antérieurement acquis, restent possibles même quand le cours des inscriptions originaires est arrêté. Ni l'aliénation de l'immeuble, ni la faillite du débiteur ou la liquidation judiciaire de ses biens, ni sa mort suivie d'acceptation bénéficiaire ou de renonciation n'y font obstacle, tandis que ces événements mettraient obstacle à une première inscription⁵.

De là des conjonctures qui méritent d'être signalées, en

1. *Suprà*, p. 194 et 216.

2. *Ibid.*, p. 61.

3. *Ibid.*, n° 800.

4. *Ibid.*, p. 61.

5. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1054, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 612, note 13 et p. 613, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 120 bis V, et n° 134 bis XII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, nos 152 et 154, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1586, — III, n° 1781, — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, n° 288; — Paris 5 décembre 1885, D.P. 1887.II.55. — Cass. 24 mars 1891, D.P. 1891.I.145, Sir. 1891.I.209.

matière de péremption et en matière d'hypothèques occultes.

A. — D'abord en matière de péremption. En principe, la péremption n'atteint pas l'hypothèque même ou le privilège ; elle fait seulement perdre le rang que donnait l'inscription originale périmée, sauf à prendre une inscription nouvelle donnant un rang nouveau¹. Cependant, il peut arriver que le défaut de renouvellement en temps utile fasse perdre plus que le rang, qu'il compromette le droit même. En effet, si depuis l'inscription originale un fait s'est produit qui rende impossible une inscription principale, la péremption de l'inscription originale équivaut à la perte du droit, puisqu'aucune inscription nouvelle ne peut plus être prise². Là où l'inscription conservatoire resterait possible, une inscription nouvelle ne l'est plus ; et puisque le droit ne peut être exercé sans être inscrit, autant vaut dire qu'il est perdu.

B. — Même jeu de principes en matière d'hypothèques dispensées d'inscription. Prenons comme exemple l'hypothèque de la femme.

En principe, l'expiration de l'année qui suit la dissolution du mariage ne fait pas perdre à la femme son droit³. Toutefois, l'inscription qu'elle prend passé ce délai ne donne plus rang qu'à sa date, ce qui revient à dire qu'elle n'est pas conservatoire, mais attributive de rang (loi du 23 mars 1855, article 8)⁴.

Il résulte de là que le défaut d'inscription dans le délai légal peut faire perdre non seulement le rang, mais l'hypothèque elle-même. Il suffit pour cela qu'un des trois faits qui arrêtent le cours des inscriptions vienne à se produire⁵.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 626, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 151, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 1772. — Cass. 2 décembre 1863, D.P. 1864.I.105, Sir. 1864.I.209.

2. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 120 bis V, — Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, n^o 288 ; — Lyon 6 février 1890, D.P. 1891.II.377.

3. Voy. Caen 18 janvier 1879, Sir. 1880.II.201, — et la note de M. de Loynes dans D.P. 1895.II.42.

4. *Suprà*, p. 197.

5. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^{os} 890, 895 et 926, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 516, texte et note 21 ; — Cass. 17 août 1868, D. P. 1868. I.398, Sir. 1868. I.377, — Rouen 17 juin 1869, D. P. 1872.II.215, Sir. 1871. II. 174, — Orléans 26 août 1869, D.P. 1869.II.185, Sir. 1870. II. 113, — Lyon 19 août 1871, D. P. 1872. V. 270, Sir. 1872. II. 80, — trib. de la Seine 4 août 1891, *Journal des conservateurs des hypothèques*, 1892, p. 74. — Cpr. la note de M. de Loynes dans D. P. 1894.II. 377.

Là où l'inscription conservatoire pourrait encore être prise, l'inscription attributive ne peut plus l'être.

SECONDE INDICATION

806. Elle concerne les effets de l'inscription quant aux intérêts de la créance garantie. Ces effets varient selon les diverses sortes d'hypothèques.

Au rang qui est le sien et de quelque manière que ce rang soit acquis — légalement s'il s'agit de privilèges sur immeubles ou d'hypothèques occultes, à la date de l'inscription dans les autres cas —, le créancier obtient la collocation du capital de sa créance. Mais que décider en ce qui concerne les intérêts, si la créance en produit et s'il en est dû au jour de la collocation ? Le créancier sera-t-il colloqué pour les intérêts au même rang que pour le capital ?

807. Au point de vue législatif, la question n'est pas sans difficulté.

D'une part, il semble conforme à l'esprit de la loi quand elle confère une sûreté réelle, surtout à l'intention des parties quand elles en établissent une, de ne pas limiter au capital l'effet du privilège ou de l'hypothèque. La garantie accordée, surtout la garantie stipulée, s'étend naturellement au droit entier du créancier ; or les intérêts courus ou à courir font partie de ce droit, dont ils sont les accessoires.

D'autre part cependant, il serait contraire aux règles essentielles du régime hypothécaire d'étendre indistinctement et indéfiniment le bénéfice de la sûreté inscrite à tous les intérêts qui peuvent être dus. L'accumulation des intérêts, en changeant le montant de la somme due, exposerait les créanciers ultérieurs à être primés pour des sommes imprévues ou au moins indéterminées ; or tout le système de la spécialité, appliqué à l'inscription, tend précisément à mettre les créanciers en mesure de calculer exactement le crédit du débiteur.

En définitive, l'extension de la garantie hypothécaire aux intérêts est légitime. Son extension indéfinie serait contraire à la règle économique de la spécialité.

De là l'article 2151. Il consacre un système transactionnel et fait la part des deux points de vue en présence.

808. Pour établir exactement la portée de ce texte, il importe de faire une triple distinction.

a) L'article 2151 ne s'applique pas aux intérêts échus à la date de l'inscription. Ces intérêts peuvent être ajoutés au capital de la dette et énoncés avec lui dans le bordereau comme constituant des accessoires de la créance (article 2148-4° *in fine*) ; alors l'inscription les comprend et elle prévient les tiers de leur quotité ; le créancier sera colloqué pour ces intérêts au même rang que pour le capital. Mais s'ils n'ont pas été compris dans l'inscription, la loi n'en garantit à aucun titre le paiement¹.

b) On admet en outre, bien que ce soit discutable, que l'article 2151 ne s'applique pas davantage aux intérêts à courir postérieurement à la demande en collocation, autrement dit depuis la demande jusqu'au paiement effectif. Les créanciers ne peuvent être victimes des délais qu'entraîne la procédure d'ordre, ni des retards apportés au paiement ; ils ont droit aux intérêts depuis le jour de la demande en collocation jusqu'au jour de la délivrance de leur bordereau, laquelle équivaut à un paiement². En ce qui concerne ces intérêts, le créancier puise son droit non dans son inscription, qui a produit tout son effet, mais dans la règle même qui a fixé le sort respectif des créanciers. Ils s'ajoutent de droit à la somme colloquée dans les bordereaux de paiement. C'est de jurisprudence certaine³.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 564, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 147.

2. Aux termes de l'article 765 alinéa 2 du Code de procédure civile, les intérêts cessent de courir contre la partie saisie depuis la clôture de l'ordre. Donc jusqu'à ce moment ils couraient contre elle. Et comme l'article 2151 ne les régit plus, l'hypothèque doit les garantir sans limitation. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1020, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 695, texte et note 24. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 431 bis VI, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 148, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1732 ; — Cass. 7 avril 1880, D. P. 1880.I.209, Sir. 1880.I.220, — trib. de la Seine 19 mars 1890, *Le Droit* des 21-22 avril 1890, — Cass. belge 9 décembre 1892, Sir. 1893.IV.25 (note de M. Albert Tissier).

3. Que faut-il décider à l'égard des intérêts postérieurs à la clôture de l'ordre ? Ils peuvent être dus au cas de revente sur folle enchère, si l'adjudicataire ne paie pas son prix. De même, il peut arriver qu'à défaut de paiement par l'acquéreur la résolution de la vente soit prononcée contre lui, ou que l'immeuble soit revendu par voie d'expropriation forcée. Dans ces divers cas, les créanciers porteurs de bordereaux de collocation ont droit à des intérêts, mais le montant de leur créance est définitivement arrêté par l'ordre primitif. Ils ne sauraient, dans la seconde procédure, obtenir au rang de leurs hypothèques autre chose que leur capital, les années d'intérêts

c) Restent alors et seulement les intérêts à courir depuis la date de l'inscription jusqu'à celle de la demande en collocation. La question de savoir dans quelle mesure le créancier a le droit d'être colloqué pour ces intérêts au même rang que pour le capital est tranchée par l'article 2151. Texte important, dont l'économie a été modifiée par la loi du 17 juin 1893.

809. L'article primitif (rédaction de 1804) est ainsi conçu :
 « Le créancier inscrit pour un capital produisant intérêt
 « ou arrérage, a droit d'être colloqué pour deux années
 « seulement, et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date, pour les arrérages autres que ceux conservés par la première inscription. »

Aux termes de ce texte, deux conditions sont nécessaires pour que le créancier soit colloqué pour les intérêts dont il s'agit au même rang que pour le capital.

1° Il faut qu'il s'agisse d'une créance portant intérêts, légalement ou conventionnellement. Cette première condition est évidente. D'ailleurs, le texte cité assimile expressément aux intérêts proprement dits, ou intérêts de capitaux exigibles, les arrérages de rentes, qui sont les intérêts de capitaux non exigibles. Nous ne parlerons que des intérêts, pour être plus brefs et plus clairs ; mais le régime de l'article 2151 est également applicable aux arrérages¹.

2° Il faut que l'inscription ait mentionné que la créance inscrite est productive d'intérêts. Sans cela, le créancier ne pourrait pas réclamer les intérêts comme créancier hypothécaire. Les créanciers postérieurs ne connaissent de la

prévues par l'article 2151 et les intérêts courus jusqu'à la clôture de l'ordre. Quant à ceux qui ont couru depuis lors, ils ne peuvent les réclamer à l'adjudicataire que par une action personnelle, et leur créance n'est garantie par aucune sûreté spéciale. Voy. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1024, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 696, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1733 ; — cpr. Nancy 12 août 1874, Sir. 1876.II.22, — Cass. 12 juin 1876, D. P. 1877.I.352, Sir. 1876.I.376, — Pau 2 décembre 1890, D. P. 1891.II.275, Sir. 1892.II.177 (note de M. Albert Wahl).

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1029, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 690, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 131 bis XIII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 149, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1738. — Cpr. Poitiers 7 décembre 1885, D. P. 1887.II.60, Sir. 1886.II.81.

créance que ce qui leur est révélé par l'inscription. D'ailleurs, l'article 2151 parle du créancier « inscrit pour un capital produisant intérêt »¹.

Moyennant ces deux conditions, le créancier sera colloqué pour tout ce qui lui est dû, capital et intérêts. Seulement, quant aux intérêts, le maximum qu'il puisse réclamer conjointement avec la créance et au même rang qu'elle est fixé à deux années et l'année courante ; le reste, s'il lui est dû davantage, ne peut être réclamé par lui qu'à titre de créancier chirographaire.

Le but de cette limitation est très apparent.

Si tous les intérêts dus lors du règlement de l'ordre avaient été payables au même rang que le capital, l'accumulation des intérêts aurait pu augmenter indéfiniment la somme inscrite. L'inconvénient aurait été double. D'une part, le montant de la charge hypothécaire serait demeuré variable, et cet inconnu aurait porté inutilement atteinte au crédit hypothécaire du débiteur. D'autre part, les créanciers postérieurs auraient été exposés à des surprises et à des mécomptes.

Grâce à la limite établie par l'article 2151, ce double inconvénient est écarté. Les créanciers postérieurs peuvent calculer exactement le montant des sommes pour lesquelles ils seront primés par les créanciers inscrits sur l'immeuble. Ils savent que les sommes inscrites peuvent être augmentées de trois années d'intérêts, mais jamais davantage ; c'est le maximum — et même un peu plus — de ce que l'inscription garantit à sa date.

810. Le système de l'article 2151 est donc simple, prévoyant, efficace quant au crédit. Seulement, la rédaction primitive du texte faisait naître des doutes sur deux points.

1° Que représentent exactement ces « deux années et l'année courante », maximum de ce que le créancier peut demander conjointement avec la créance principale et au même rang qu'elle ?

2° L'article 2151 est-il applicable à tous les créanciers privilégiés et hypothécaires, ou bien faut-il distinguer parmi eux ?

1. Le créancier n'est jamais colloqué que pour le taux d'intérêt porté dans l'inscription. Il n'a pas le droit de réclamer le taux prévu par la convention s'il est plus élevé. Cass. 13 mars 1874, Sir. 1875.I.5 (note de M. Labbé).

Sur ces deux points, la loi du 17 juin 1893 a réalisé des innovations et introduit des règles précises pour éteindre des controverses anciennes.

Premier point.

811. Sous l'empire de l'article 2151 primitif, il y avait des incertitudes sur la façon d'entendre ces mots : « l'année courante ». Quels étaient exactement le commencement et la fin de cette fraction d'année ? La jurisprudence avait peine à se fixer, et le législateur de 1893 a été bien inspiré en faisant table rase de ces difficultés. Au délai mal déterminé de « deux années et l'année courante » il substitue un délai plus simple, établi en chiffres ronds : trois années complètes. Le créancier peut réclamer le bénéfice du rang assuré au capital pour trois années d'intérêts ¹. Il n'est plus question de l'année courante et des controverses auxquelles nous avons fait allusion ².

1. La réforme réalisée à cet égard par la loi du 17 juin 1893 a été introduite en Belgique à une époque bien plus ancienne, par la loi du 16 décembre 1851.

2. Ces controverses n'ont pas perdu, cependant, tout leur intérêt. En effet, la loi du 17 juin 1893 ne s'applique qu'aux inscriptions prises depuis le jour où elle est devenue obligatoire ; celles qui remontent à une date antérieure continuent d'être régies par l'ancien article 2151 (Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, nos 1476 et 1477, — Rapport de M. Benoît au Sénat, séance du 27 mai 1893, *Débats parlementaires*, annexes, p. 328). Il n'est donc pas inutile de faire connaître d'une façon sommaire ces controverses. Elles peuvent être agitées encore dans les termes suivants.

Le point de départ de l'année courante paraît certain : c'est la dernière échéance annuelle d'intérêts, ou, ce qui revient au même, le dernier anniversaire de l'inscription, puisque ce qui précède forme des années complètes. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 693, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, p. 382, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 148 ; — Cass. 10 août 1847, D. P. 1852.I.46, Sir. 1852.I.174, — Lyon 9 juin 1865, Sir. 1865.II.304.

Quant au terme qui arrête la fraction représentant l'année courante, il ne semble pas non plus qu'il puisse y avoir doute : c'est la date de la demande en collocation. Les intérêts dus lors de l'inscription ont été réunis au principal ; les intérêts à courir depuis la demande en collocation sont dus comme conséquence du règlement ; donc le terme de la partie flottante est la demande en collocation. C'est à ce moment que le créancier formule sa prétention comme créancier hypothécaire ; il réclamera deux années complètes parmi celles qui sont dues, et en outre la fraction qui correspond à l'intervalle de temps écoulé depuis la dernière échéance annuelle d'intérêts jusqu'à la demande.

L'enchaînement paraît rigoureux. C'est ainsi en effet que la pratique la plus générale comprend et applique l'ancien article 2151 : l'année courante est l'intervalle de temps qui s'est écoulé depuis la dernière échéance annuelle d'intérêts et la date de la demande en collocation. Pont, *Privilèges et hypo-*

Si l'ordre intervient moins de trois ans après l'inscription, les intérêts dus seront tous et intégralement colloqués au même rang que le capital. Si, au contraire, il intervient après trois années révolues, les intérêts ne seront colloqués au rang du capital que pour trois années.

Ces trois années sont trois années quelconques parmi celles qui sont échues lors de la demande en collocation, pourvu qu'elles soient dues. Le créancier peut les placer à son gré. Si les intérêts des années qui ont suivi l'inscription ont été régulièrement payés, le bénéfice de l'article 2151 s'étend aux autres années qui peuvent être dues. Les tiers, c'est-à-dire les créanciers postérieurs, doivent toujours s'attendre à se voir opposer trois années arriérées d'intérêts; mais peu leur importe où le créancier les place¹.

812. De tout ce que nous venons de dire il résulte que le créancier hypothécaire peut être créancier d'intérêts dont le

thèques, II, nos 1019 et 1020, — Ollivier et Mourlon, *Commentaire de la loi sur les saisies immobilières*, n° 436, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 131 bis IV et suiv.; — Lyon 9 juin 1865, Sir. 1865.II.304, — Nancy 12 août 1874, D. P. 1877.I.352, Sir. 1876.II.22, — Alger 17 décembre 1877 et Cass. 3 août 1881, Sir. 1882.I.21.

Il y a cependant des variantes dans les arrêts; mais elles sont plus probablement dans les mots que dans le fond des choses.

Ainsi, d'après plusieurs arrêts, l'année courante est l'intervalle de temps écoulé depuis la dernière échéance annuelle d'intérêts jusqu'au moment où l'hypothèque produit son effet définitif. Or nous avons vu, à propos du renouvellement des inscriptions (*suprà*, n° 799), quel est exactement ce moment: c'est celui où le droit du créancier sur l'immeuble est transporté sur le prix, où l'inscription n'a plus besoin d'être renouvelée. Ce moment est nécessairement antérieur à la demande en collocation; ce sera la transcription du jugement d'adjudication en cas de saisie, l'expiration du délai de surenchère en cas de purge. En ce sens, Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 694, texte et note 22, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 148, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 70, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1729; — Cass. 30 juillet 1873, D. P. 1874.I.106, Sir. 1878.II.79 (en note), — Alger 9 mars 1870, D. P. 1870.II.176, Sir. 1871.II.15, — Paris 27 avril 1877, D. P. 1877. II.144, Sir. 1878.II.79, — Cass. 6 mai 1878, D. P. 1879.I.87, Sir. 1879.I.160, — 7 avril 1880, D. P. 1880.I.209, Sir. 1880.I.229, — trib. de la Seine 13 juillet 1880, *Le Droit* du 14 juillet 1880.

Mais que fera-t-on du temps qui s'écoulera depuis que le droit des créanciers sur l'immeuble s'est transformé en un droit sur le prix jusqu'à la demande en collocation? Le créancier ne pourra-t-il pas conclure aux intérêts? Il est plus équitable et plus juridique d'admettre que la date eu égard à laquelle se fixe l'année courante est celle de la demande même en collocation. C'est là vraisemblablement ce que les arrêts dissidents entendent par le moment où l'hypothèque produit son effet.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 691, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 147, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1724.

paiement n'est pas garanti par l'inscription prise. Ce sont : 1° les intérêts qui étaient dus lors de l'inscription, s'ils n'ont pas été capitalisés et compris dans l'inscription, — 2° les intérêts intermédiaires entre l'inscription et la demande en collocation qui ne rentrent pas dans les trois années.

Cette portion d'intérêts devient une créance non inscrite. Le créancier, puisqu'il est hypothécaire, peut l'inscrire séparément ; alors il est colloqué pour elle à la date de l'inscription particulière qu'il aura prise, aux dates successives des inscriptions prises s'il en prend successivement plusieurs. L'article 2151 est formel à cet égard. Si le créancier ne prend pas d'inscription particulière, il ne pourra réclamer les intérêts dont il s'agit que comme créancier simplement chirographaire.

Second point.

813. La loi du 17 juin 1893 a éteint toutes les controverses qui s'élevaient à propos de la première question laissée douteuse par l'article 2151 primitif. Quant à la seconde question laissée douteuse par le texte de 1804, le texte de 1893 ne l'a tranchée qu'en partie.

Elle est la suivante. L'article 2151 est-il applicable à tous les créanciers privilégiés et hypothécaires, ou bien faut-il établir entre eux des distinctions ?

Question de pur droit positif. Il faut, pour y répondre, envisager successivement : 1° les hypothèques soumises à la formalité de l'inscription, — 2° les hypothèques légales qui valent indépendamment de l'inscription, — 3° les privilégiés sur immeubles.

814. A. L'article 2151 s'applique sans conteste aux hypothèques soumises à la formalité de l'inscription et inscrites. La loi de 1893 n'a rien changé à cet égard.

Il s'applique donc : 1° aux hypothèques conventionnelles, — 2° aux hypothèques judiciaires, — 3° aux hypothèques légales non dispensées d'inscription¹. Les unes et les autres sont soumises à l'inscription et ne valent que par elle. D'autre part, elles ne garantissent que des sommes certaines ou évaluées, que l'inscription doit indiquer. Les créanciers postérieurs sont assurés qu'ils ne seront primés, outre le capital

1. *Suprà*, n° 713, p. 176.

qui leur est indiqué par l'inscription, que pour la fraction d'intérêts indiquée par l'article 2151 : deux années et l'année courante dans la rédaction de 1804, trois années dans la rédaction de 1893. La règle de l'article 2151 a été introduite dans leur intérêt, et nous sommes bien ici dans les termes de cet article ; avant comme après 1893, il parle du créancier « inscrit ».

815. B. L'article 2151 est-il applicable aux trois hypothèques légales qui valent indépendamment de l'inscription, celles des femmes, des mineurs et des interdits ?

A cet égard encore, la loi de 1893 n'a introduit ni règle nouvelle ni raison nouvelle de décider.

D'après une jurisprudence constante et qui paraît définitive, l'article 2151 n'est pas applicable aux hypothèques légales dispensées d'inscription tant qu'elles restent occultes. Donc les femmes, les mineurs et les interdits, tant que l'hypothèque vaut à leur profit sans inscription, doivent être colloqués au rang que la loi leur confère pour tout ce qui leur est dû en capital et en intérêts.

Maints arrêts l'ont admis ¹. Et les arguments invoqués en ce sens sont assurément très forts.

D'abord, le texte de l'article 2151 (rédaction ancienne et rédaction nouvelle) est en ce sens. Il parle du créancier « inscrit » ; donc il n'est point applicable à celui dont l'hypothèque vaut indépendamment de toute inscription.

En second lieu, la solution est tout à fait rationnelle. Les hypothèques de la femme, du mineur et de l'interdit valant sans inscription, on ne peut pas leur appliquer un article qui règle, en les limitant, les effets de l'inscription. Corollaire du principe de la spécialité appliqué à la créance, l'article 2151 ne doit pas être appliqué aux hypothèques géné-

1. Voy. *suprà*, p. 197. — Rouen 15 avril 1869, Sir. 4870. II. 149. — Nancy 20 décembre 1871, D. P. 1872. II. 35. — Cass. 26 janvier 1875, D. P. 1875. I. 52. — Cpr. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1030. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 131 bis XIV. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 687. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1741.

Mais les cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme et les personnes qu'elle a subrogées dans son hypothèque sont soumis à l'article 2151. Verdier, *Transcription*, II, n° 702. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1742. — Mérignhac, *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n° 93 ; — Cass. 17 novembre 1879, D. P. 1880. I. 380, Sir. 1881. I. 165. — 27 janvier 1885, D. P. 1885. I. 373, Sir. 1886. I. 190.

rales occultes, dont l'inscription est possible sans indication du montant de la créance.

Enfin il faut observer que cette solution n'est pas dangereuse pour les autres créanciers. Ils savent ou doivent savoir que les créances soit de la femme contre son mari, soit du mineur ou de l'interdit contre son tuteur restent toujours indéterminées jusqu'à la liquidation. Si le capital même de la dette est indéterminé, il importe peu que l'indétermination des intérêts s'ajoute à celle du capital.

Cette solution n'est pas certaine. Elle est du moins admissible.

Elle donne un nouvel intérêt à l'article 8 de la loi du 23 mars 1855. Après l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle, le droit commun reprend son empire ; donc l'article 2151 devient applicable ¹.

816. Enfin l'article 2151 est applicable aux privilèges sur immeubles. La question était controversée sous l'empire de l'article 2151 primitif. Elle est expressément tranchée par le nouveau texte, modifié par la loi du 17 juin 1893. C'est la seconde innovation réalisée par cette loi ².

817. Depuis la mise en vigueur du Code civil jusqu'à 1893, la question a été discutée de savoir si l'article 2151 était applicable aux privilèges sur immeubles ³. La jurisprudence se prononçait pour la négative, notamment en ce qui concerne le privilège du vendeur ⁴.

En raison, il n'y avait pas de motif appréciable à cette distinction entre les privilèges immobiliers et les hypothè-

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1032, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 687, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 131 bis XIV, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 450, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1741 *in fine* ; — cpr. Agen 14 janvier 1868, D. P. 1868.II.81. — Secus, Troplong, *Transcription*, n° 318, — Metz 26 août 1863, D. P. 1863. V. 206, Sir. 1863.II.51.

2. Voy., sur la première innovation réalisée par la loi, *suprà*, n° 811.

3. Voy. *suprà*, p. 8 et 11.

4. Cass. 11 mai 1863, D. P. 1864. I. 191, Sir. 1864.I.357, — Bordeaux 26 août 1868, D. P. 1874.I.106, — Cass. 4 août 1873, D. P. 1874.I.25, Sir. 1874.I.15, — Douai 6 mars 1891, D. P. 1891.II.363, — Pau 8 juin 1892, D. P. 1894.II.315, — Bordeaux 21 février 1893, D. P. 1893.II.361, — Alger 7 mai 1895, D. P. 1896.II.379, Sir. 1897.II.33.

Cpr. Troplong, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 219, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 192, — II, n° 1030, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 688, texte et note 15, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 131 bis XVII. — *Contra*, Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 308, — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 4^e édition, III, n° 1400.

ques. D'une part, les privilèges sur immeubles ne valent que par l'inscription (article 2106)¹. D'autre part, ils ne garantissent que des sommes certaines ou évaluées, qui doivent être énoncées dans l'inscription. Il n'existe donc aucun motif pour les soustraire, en ce qui concerne les conséquences de la spécialité, au régime des hypothèques conventionnelles ou judiciaires.

Quant aux textes, ils n'étaient pas non plus favorables à la thèse consacrée par la jurisprudence. En effet, l'article 2151 fait partie d'un chapitre (livre III, titre XVIII, chapitre IV) dont la rubrique est : *Du mode de l'inscription des privilèges et hypothèques*. D'où il aurait été logique de conclure que cet article est applicable aux privilèges immobiliers.

Pendant la solution contraire avait prévalu, et la jurisprudence invoquait en ce sens un double argument de texte.

D'une part, disait-on, l'article 2151 (rédaction de 1804) parle du créancier « inscrit ». Or les privilèges sur immeubles et en particulier le privilège du vendeur n'ont pas besoin d'être inscrits dans les rapports du créancier privilégié avec les autres créanciers du débiteur². D'où on concluait que l'article 2151 ne leur est pas applicable.

D'autre part, ajoutait-on, l'article 2151, en séparant quant aux garanties le capital et les intérêts, consacre une exception au droit commun. Or le texte ne parle que des hypothèques, non des privilèges sur immeubles. Dès lors, les exceptions étant de droit étroit, l'article 2151 ne peut pas être appliqué aux privilèges immobiliers.

818. Si pauvres que fussent ces arguments, la jurisprudence les avait regardés comme décisifs.

Or le système admis par elle présentait, en pratique, deux inconvénients. D'abord les tiers ne pouvaient pas se rendre un compte exact des charges établies sur l'immeuble grevé du privilège, puisque tous les intérêts de la créance privilégiée, échus et à échoir, étaient garantis par l'inscription. En second lieu, les collusions entre le débiteur et le créancier privilégié étaient rendues singulièrement faciles ; le

1. *Suprà*, p. 31 et suiv.

2. *Ibid.*, p. 32.

créancier pouvait faire disparaître les quittances d'intérêts et frustrer ainsi les créanciers de rang postérieur.

Aussi le législateur de 1893 a-t-il voulu poser la règle contraire. Tranchant législativement la question controversée jusque-là, il a étendu expressément l'article 2151 aux privilèges sur immeubles. Le nouvel article est ainsi conçu : « Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit ou transcrit ou le créancier hypothécaire inscrit pour un capital produisant intérêts ou arrérages a droit d'être colloqué pour trois années seulement au même rang que le principal, sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque à compter de leur date pour les intérêts et arrérages autres que ceux conservés par la transcription ou l'inscription primitive. »

Le texte dit : « Le créancier privilégié dont le titre a été inscrit ou transcrit ». L'inscription est le droit commun pour tous les privilèges sur immeubles ; la transcription est le régime spécial au privilège du vendeur d'immeubles, pour lequel la transcription vaut inscription¹. Quant aux privilèges qui peuvent être invoqués sans avoir été rendus publics, le nouvel article 2151 ne leur est pas applicable ; tels par exemple les privilèges généraux de l'article 2101 lorsqu'ils sont exercés sur les immeubles (articles 2104 et 2107)².

Le texte ajoute : « sans préjudice des inscriptions particulières à prendre, portant hypothèque..... etc. ». Cette partie du texte, qui existait déjà dans la rédaction de 1804, donne lieu à une complication du moment que l'article 2151 devient applicable aux privilèges immobiliers. Un créancier, colloqué comme privilégié pour le capital et trois années d'intérêts, sera, s'il prend des inscriptions spéciales, colloqué comme hypothécaire pour les autres fractions d'intérêts ; le privilège, pour ces fractions d'intérêts, se transforme donc en hypothèque.

Telle est l'économie de la loi nouvelle en ce qui concerne l'extension de l'article 2151 aux privilèges immobiliers. La loi de 1893 consacre une nouvelle application, par extension, du principe de la spécialité quant à la créance ; elle est donc

1. *Suprà*, p. 40 et suiv.

2. *Ibid.*, p. 38 et suiv. — Voy. en ce sens l'affirmation formelle du rapporteur de la loi au Sénat, M. Benoist dans D. P. 1893.IV.108, col. 3.

en conformité avec les principes rationnels du régime hypothécaire ¹.

819. En dernière analyse, les trois hypothèques dispensées d'inscription échappent seules désormais à l'application de l'article 2151, tant que le créancier les invoque sans avoir besoin de les faire inscrire.

A ce point de vue encore, par conséquent, les diverses hypothèques ne sont pas toutes soumises aux mêmes règles.

§ 5. — Les hypothèques diffèrent entre elles
relativement aux conditions sous lesquelles le créancier
peut transférer à des tiers, en tout ou en partie,
le bénéfice de son hypothèque.

820. L'étude de cette cinquième différence entre les diverses espèces d'hypothèques nous amène aux conventions et combinaisons connues sous les noms — assez mal choisis, nous le verrons ², mais admis par l'usage — de subrogation à l'hypothèque, de renonciation à l'hypothèque, de cession d'hypothèque, ou encore de cession d'antériorité. Sujet des plus pratiques, dans l'étude duquel on se heurte à de continuelles équivoques, et où il est difficile d'éviter les confusions.

Ces conventions diverses de subrogation, de renonciation ou de cession, peuvent se concevoir appliquées aux privilèges comme aux hypothèques, à n'importe quel privilège et à n'importe quelle hypothèque ; elles sont, pour tout créancier privilégié ou hypothécaire, un moyen de transférer à des tiers le bénéfice de la sûreté existant à son profit. En fait cependant, elles n'interviennent — nous verrons pourquoi ³ — que dans des cas relativement limités et ne sont

1. La loi du 17 juin 1893 contient des *Dispositions transitoires* ainsi conçues : « Les créanciers privilégiés pourront conserver aux intérêts et arrérages de leurs créances, courus au jour de la promulgation de la présente loi, le même rang que le principal, en les faisant inscrire dans les six mois de cette date. Passé ce délai, ces intérêts et arrérages, pour ce qui ne sera pas compris dans les trois années conservées par l'inscription principale, viendront à la date de l'inscription qui en aura été prise. »

Cette disposition est importante pour les créanciers privilégiés qui avaient cette qualité au moment où la loi est entrée en vigueur, et auxquels la loi a retiré un droit que la pratique leur reconnaissait.

2. *Infra*, n° 808, *in fine*.

3. *Ibid.*, n° 862.

vraiment usuelles qu'à propos de l'hypothèque légale des femmes mariées.

821. Elles ont cela de commun, dans leur variété, qu'elles sont toutes des créations de la pratique. Elles sont nées de l'usage ; elles se sont développées lentement et organisées en dehors de la loi ; elles sont, en d'autres termes, des institutions du droit coutumier, qui leur a donné leurs noms, comme il en a fixé les caractères et les effets.

Pendant longtemps, la loi positive les a complètement ignorées.

En 1852 pour la première fois, un texte de loi fait allusion à l'une d'elles : c'est le décret-loi du 28 février 1852, sur les sociétés de crédit foncier. Dans ses articles 8 et 20, à propos des prêts faits à un emprunteur marié, ce décret-loi prévoit la subrogation consentie par la femme de l'emprunteur dans le bénéfice de son hypothèque au profit du Crédit foncier.

Un peu plus tard, la loi du 23 mars 1855 (article 9) a prévu en même temps que la subrogation consentie par la femme — non plus seulement au profit du Crédit foncier, mais au profit d'un tiers quelconque — les cessions et renonciations émanant de la femme, pour les assujettir les unes et les autres à certaines conditions de forme, de publicité et de capacité de la part de la femme, mais sans rien dire encore de leurs caractères ni de leurs effets, qui ne relèvent toujours que de l'usage.

Enfin la loi du 13 février 1889 a modifié l'article 9 de la loi de 1855 en ce qui concerne l'une des conventions possibles : la renonciation de la femme à son hypothèque légale. La loi de 1889 arrête avec plus de précision les effets de cette convention.

822. Ce sont là les seuls documents législatifs existant sur le sujet.

Or ces documents, il importe de le noter tout de suite, ne sont applicables qu'aux subrogations, renonciations et cessions consenties par la femme mariée à propos de son hypothèque légale. Dès lors, pareilles conventions consenties par un créancier privilégié ou par un créancier hypothécaire autre que la femme ne sont l'objet d'aucune règle spéciale dans la loi et ne sont soumises, par conséquent, qu'au droit commun des conventions.

Le sujet doit donc être envisagé à deux points de vue : 1^o dans son application générale aux privilèges et hypothèques, où il est abandonné au droit commun, — 2^o dans son application particulière à l'hypothèque légale des femmes, où il est l'objet d'une réglementation spéciale.

A défaut de lois formelles, ou quand les lois sont insuffisantes, il existe sur la matière une jurisprudence abondante, d'autant plus importante qu'il s'agit de combinaisons nées de l'usage.

823. Pénétrant dans le sujet, nous allons rechercher : 1^o sous l'influence de quels besoins pratiques ces conventions se sont introduites dans l'usage, — 2^o quelle est l'utilité propre et, par suite, le caractère particulier de chacune des combinaisons usitées, — 3^o à quel régime légal elles sont soumises, qu'il s'agisse soit de subrogations, cessions ou renonciations consenties par une femme mariée, soit de subrogations, cessions ou renonciations consenties par d'autres créanciers privilégiés ou hypothécaires.

Première question. — *A quels besoins pratiques répondent ces conventions ?*

824. Aucune incertitude à cet égard. Elles répondent à une préoccupation de crédit ; elles sont dues à la recherche incessante des moyens de développer le crédit et de l'obtenir sous toutes les formes possibles.

L'enchaînement des idées est très apparent.

825. Une fois établis, les privilèges et hypothèques se transmettent avec la créance, puisqu'ils en sont l'accessoire¹. C'est le droit commun. Ainsi les héritiers du créancier recueillent, avec la créance transmise, les sûretés qui en assurent le recouvrement ; de même, les acquéreurs de la créance, acheteurs, donataires, légataires, bénéficient des privilèges ou hypothèques qui y sont attachés². L'article 1692 le dit formellement en cas de vente ou cession de créance ; au titre *Des privilèges et hypothèques*, l'article 2112 le répète spécialement pour les créances privilégiées. Il n'existe aucune disposition analogue concernant d'une manière ex-

1. *Suprà*, tome I, p. 239 et suiv.

2. Sur la cession des créances hypothécaires, notamment de celles qui sont constatées par un titre à ordre, voy. la note de Ch. Beudant dans D. P. 1878. I. 241.

presse les créances hypothécaires ; mais il est manifeste qu'elles sont assujetties à la même règle.

Si donc un créancier privilégié ou hypothécaire a besoin d'argent ou, ce qui revient au même, de crédit, il peut, en attendant l'échéance, céder sa créance, l'escompter s'il s'agit d'un effet de commerce ; et il trouvera d'autant plus aisément à le faire que le paiement à l'échéance sera garanti par de meilleures sûretés réelles. Le cessionnaire usera des sûretés afférentes à la créance qui lui appartient dans les conditions où pouvait en user son cédant. Qu'importe aux tiers que la sûreté soit utilisée par l'un ou par l'autre, puisqu'elle ne le sera toujours que dans la même mesure ?

826. Allons plus loin. Le créancier ne peut-il pas, sans aliéner sa créance ni l'escompter, l'utiliser comme moyen de crédit ? Le droit commun suffit encore. La créance, meuble incorporel, peut être donnée en nantissement, soit à un tiers prêteur comme garantie du remboursement, soit à un créancier qui ne consent à accorder délai que moyennant une sûreté (article 2075). Elle peut être donnée en gage sans qu'il y ait à distinguer suivant qu'elle est chirographaire ou garantie soit par un privilège, soit par une hypothèque ; si elle est privilégiée ou hypothécaire, le créancier gagiste, privilégié sur la créance, bénéficiera des garanties qui assurent le paiement et usera de ces garanties, tout comme le cessionnaire, dans les conditions où pouvait en user le débiteur. Qu'importe aux tiers qu'elles soient utilisées par l'un ou par l'autre, puisqu'elles le seront toujours dans les mêmes limites ?

Donc le créancier trouve dans la créance privilégiée ou hypothécaire, sans cesser d'en être titulaire, un moyen de crédit, soit pour emprunter, soit pour obtenir délai.

827. Si la dette est exigible, le créancier peut procéder autrement. Il peut, en recevant paiement d'une tierce personne, à défaut du débiteur, la subroger dans ses droits contre le débiteur. Le subrogé trouve dans les garanties qui accompagnent la créance une chance de remboursement. Cette subrogation est un moyen de crédit ; c'est une des deux subrogations conventionnelles prévues par l'article 1250 ; elle fait l'objet du 1^o de l'article. Désormais le subrogé, créancier du débiteur à raison et à concurrence de l'avance faite, bénéficiera des privilèges et hypothèques ; il en usera

dans les conditions où l'eût fait le créancier désintéressé. Qu'importe aux tiers que les privilèges et hypothèques soient utilisés par l'un ou par l'autre, puisqu'ils le seront dans des conditions et dans une mesure identiques ?

828. Enfin, faisant un pas de plus, on devait se demander si le créancier ne pourrait pas, sans aliéner la créance, sans l'engager, sans recevoir paiement d'un tiers, utiliser directement le privilège ou l'hypothèque comme moyen de crédit, soit à son profit personnel, soit au profit d'un tiers, en en transférant le bénéfice.

Pourquoi n'en serait-il pas ainsi ?

Le privilège et l'hypothèque sont des droits, par conséquent des biens. Ce sont, il est vrai, des droits accessoires² ; mais ils n'en ont pas moins une existence et une valeur propres. Ne peuvent-ils pas, dès lors, isolés de la créance pour laquelle ils ont été établis, être réunis à une autre et devenir principalement l'objet d'une convention³ ?

1. Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, nos 57 et suiv., p. 44 et suiv. [Nous citons cette dissertation d'après le tirage à part ; elle a paru dans la *Revue critique de droit* en 1866.]

Cpr. Valette, *Privilèges et hypothèques*, n° 129, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 334 et 459, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 35, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, nos 75 bis VI à IX, — Mérignhac, *Contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, nos 14 et suiv., — Gillard, *Constitution de l'hypothèque conventionnelle*, n° 225, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 905 ; — Caen 11 mars 1854, D. P. 1855.V.446, — Cass. 31 janvier 1883, D. P. 1883.I.316, Sir. 1884.I.321, — Toulouse 29 février 1892, D. P. 1892.II.277, Sir. 1893.II.105.

2. *Suprà*, tome I, p. 239 et suiv.

3. Certains auteurs ont contesté qu'un droit hypothécaire puisse ainsi devenir l'objet principal d'une convention. Le privilège et l'hypothèque, ont-ils dit, sont des droits accessoires et ne peuvent pas être séparés de la créance à laquelle ils sont joints ; ils peuvent être cédés en même temps que la créance, mais non sans elle, car ils n'ont pas d'existence propre. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 741, — Mourlon, *Subrogation*, n° 585, — Larombière, *Obligations*, III, p. 226, 235 et 239, — Bertauld, *De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées*, 2^e édition, nos 11 et suiv. — Cpr. Cass. 25 janvier 1853, D. P. 1853.I.12, Sir. 1853.I.423.

Il n'y a là qu'une subtilité. De ce que l'hypothèque est un droit accessoire (*suprà*, tome I, p. 239 et suiv.), il faut conclure qu'elle ne peut pas exister sans être unie à une créance ; mais rien n'autorise à dire qu'elle ne peut point passer d'une créance à une autre. La preuve en est que la loi elle-même, au moins dans un cas, suppose la transmission de l'hypothèque séparément de la créance à laquelle elle était jointe. Il en est ainsi au cas de novation (articles 1278 à 1280). Pourquoi n'en serait-il pas de même en matière de subrogation ? — Voy. à cet égard Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, n° 58, p. 45 et 46.

Une fois cette conception entrevue, on n'a pas tardé à trouver le moyen de la réaliser. C'est précisément à quoi aboutissent les combinaisons usitées : subrogation, cession d'hypothèque, cession d'antériorité, renonciation. Chacune d'elles intervient dans un cas particulier et procède d'une façon qui lui est propre ¹ ; mais, si elles affectent des formes diverses et prennent des noms différents selon les circonstances, toutes ont le même but général : l'utilisation par le créancier, comme moyen de crédit, soit à son profit, soit au profit de tiers, des garanties hypothécaires qui lui appartiennent. Toutes, en outre, ont un effet général commun : par elles le créancier abdique au profit de tiers le bénéfice des privilèges ou hypothèques lui appartenant.

De sorte que ces combinaisons, sous des noms différents résultant de ce qu'elles interviennent dans des hypothèses distinctes, ne sont en réalité que des variétés d'une convention unique. Elles aboutissent à un résultat qui est toujours le même ; seulement elles l'atteignent par des procédés qui changent selon les cas.

C'est pourquoi les diverses qualifications usitées sont souvent prises indistinctement l'une pour l'autre. Aussi l'article 9 de la loi du 23 mars 1855, quoique les nommant toutes comme s'il voulait par là les distinguer les unes des autres, semble les considérer comme ne faisant qu'un, du moins comme étant toutes des subrogations ; les mots sont pris les uns pour les autres, et, dans la fin du texte, le mot *subrogation* est employé dans une acception générique, comme comprenant toutes les autres opérations désignées sous des dénominations diverses.

Cette diversité de combinaisons, confondues sous le même nom quoiqu'elles procèdent différemment, est une des causes qui ont le plus contribué à compliquer le sujet et à l'obscurcir.

829. En résumé, le créancier peut utiliser une créance privilégiée ou hypothécaire comme moyen de crédit : 1° en la cédant et en recevant ainsi le montant de cette créance quoiqu'elle subsiste (article 1692), — 2° en la remettant en gage (article 2075), — 3° en subrogeant le tiers qui paie la dette (article 1250-1°), — 4° en transférant à un tiers le

1. *Infra*, nos 830 et suiv.

bénéfice du privilège ou de l'hypothèque pris comme objet principal de convention (loi de 1855, article 9). Tel est précisément le but des conventions connues sous le nom de subrogation à l'hypothèque, cession d'hypothèque ou d'antériorité, renonciation à l'hypothèque, ou, d'une façon plus générale, subrogation¹.

Deuxième question. — *Quelle est l'utilité propre et le caractère particulier de chacune des combinaisons usitées ?*

830. Puisque subrogation, cession d'hypothèque ou d'antériorité et renonciation sont des variétés de la même convention intervenant dans des cas différents, il faut s'attacher à distinguer les hypothèses et à rechercher quels caractères particuliers la combinaison prend dans chacune.

D'autre part, puisque c'est dans leur application à l'hypothèque légale des femmes que ces combinaisons ont d'abord été employées en pratique, il faut commencer par les envisager à ce point de vue. Nous verrons ensuite comment l'application peut s'étendre et s'étend en fait, quoique plus rarement, aux autres hypothèques et aux privilèges².

831. Appliquées à l'hypothèque légale des femmes mariées, les trois combinaisons peuvent être ainsi définies : ce sont, quelque nom qu'on leur donne, des conventions par lesquelles la femme abdique au profit d'un tiers l'hypothèque qu'elle a sur les biens de son mari, tantôt afin que le tiers l'exerce et en réalise le bénéfice à son profit, tantôt seulement pour qu'il n'ait plus à en subir les suites.

Quand nous aurons distingué les diverses hypothèses d'application, nous verrons que cette définition les comprend toutes³.

1. Dans les explications qui viennent d'être présentées, les opérations diverses désignées sous le nom générique de « subrogation à l'hypothèque » ont été soigneusement distinguées des autres opérations auxquelles un créancier privilégié ou hypothécaire peut avoir recours pour utiliser sa créance comme moyen de crédit. Or cette distinction, devenue courante à l'heure actuelle, ne s'est pas dégagee sans peine, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. Voy. sur les hésitations et les controverses qui se sont fait jour à cet égard, Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, nos 57 et suiv., p. 44 et suiv.

2. La question de savoir, dans chaque espèce, quelle est au juste la combinaison en présence de laquelle on se trouve est une question de fait, que les juges du fond apprécient souverainement. Aix 8 avril 1892, Sir. 1892. II. 145, — Cass. 2 juin 1893, D. P. 1894.I.35, Sir. 1896.I.38.

3. *Infrâ*, n° 861.

832. Voici, en ce qui concerne la femme, comment on a été conduit à imaginer ces combinaisons.

La femme a une hypothèque générale comme garantie de ses droits et reprises. Or, en fait, cette protection est souvent inutile à la femme et presque toujours gênante pour les époux.

Elle est souvent inutile. D'abord, elle garantit des créances à long terme, exigibles seulement après la dissolution du mariage, de sorte qu'elle n'est pas d'une utilité actuelle tant que dure le mariage. Ensuite, dans la très grande majorité des cas, la femme réalise ses droits et reprises sans avoir besoin d'invoquer son hypothèque; les situations régulières, pécuniairement et moralement, sont encore, grâce à Dieu, le fait habituel.

En second lieu, l'hypothèque est presque toujours gênante. En effet, pour une utilité problématique, elle paralyse le crédit immobilier du mari. D'une part, elle est générale et porte sur tous les biens présents et à venir. D'autre part, tant que dure le mariage, on ignore quelle somme elle garantit (article 2135). Le chiffre exact ne sera connu qu'à la liquidation. Que le mari veuille emprunter sur hypothèque, il y réussira difficilement; la garantie qu'il offre est incertaine. De la sorte, la protection accordée à la femme tourne contre elle, car, étant donnée l'unité d'intérêts des deux époux, le crédit de l'un est celui de l'autre.

En tout cas, l'utilité de l'hypothèque légale des femmes est lointaine et incertaine.

Alors on a songé à détourner cette hypothèque de sa destination légale, à la faire servir à une autre fin que celle à laquelle elle est naturellement destinée. Tel est précisément le résultat auquel aboutit la subrogation.

Aussi la légalité de cet expédient, qui détourne l'hypothèque légale de son but théorique, a longtemps fait doute. L'usage l'a légitimé; puis le décret-loi de 1852, plus tard les lois de 1855 et de 1889 ont achevé de fixer la doctrine en ce sens.

833. Pour saisir la nature et les effets de l'opération, il faut l'envisager dans trois cas. Elle procède, en effet, d'une manière différente selon que la femme subroge à son hypothèque: 1° un ou plusieurs de ses créanciers person-

nels, — 2° un ou plusieurs des créanciers du mari, — 3° un tiers acquéreur de l'immeuble du mari.

Ce sont là les trois combinaisons usitées. Théoriquement on peut en supposer d'autres ; notamment la femme peut subroger un tiers quelconque, qui n'est ni son créancier personnel ni celui du mari. Pratiquement, les combinaisons signalées sont les seules qui soient connues.

Envisageons-les séparément.

1. *Subrogation consentie par la femme au profit d'un de ses créanciers personnels.*

834. Ce cas est celui où la convention est plus spécialement nommée « subrogation à l'hypothèque légale de la « femme mariée ». On l'appelle aussi « cession de l'hypothèque légale ».

La femme subroge son propre créancier dans le bénéfice de son hypothèque ou lui cède son hypothèque. C'est un moyen pour elle de transformer en un instrument de crédit à son profit l'hypothèque que la loi lui accorde comme sûreté de ses droits et reprises.

835. Voici le procédé.

D'après le droit commun, les créanciers de la femme peuvent exercer les droits et actions de leur débitrice (article 1166)¹. Par conséquent, à l'égard de l'hypothèque qui appartient à leur débitrice, ils peuvent prendre inscription en son nom, faire saisir et vendre l'immeuble du mari, requérir l'ordre au nom de la femme et obtenir collocation. Tel est le droit commun de l'article 1166, dont l'article 775 du Code de procédure fait application : « Tout créancier « peut prendre inscription pour conserver les droits de son « débiteur ». Le texte dit : « tout créancier » ; cela comprend les créanciers de la femme comme ceux de tout autre créancier hypothécaire.

Seulement, qu'ils agissent en vertu de l'article 1166 ou de l'article 775 du Code de procédure, les créanciers n'acquièrent, en exerçant les droits de la femme, aucune préférence au regard des autres créanciers de celle-ci ; la collocation obtenue par eux, au nom de la femme, dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble du mari, sera distribuée entre

1. *Suprà*, tome I, p. 35.

tous les créanciers de la femme par voie de contribution, comme chose mobilière ; l'émolument appartient à tous les créanciers, par l'effet du droit de gage général qu'ils possèdent sur les biens de leur débiteur¹. L'article 775 du Code de procédure est du reste formel en ce sens : « le
« montant de la collocation du débiteur est distribué,
« comme chose mobilière, entre tous les créanciers inscrits
« ou opposants avant la clôture de l'ordre. »

Voilà le droit commun.

On s'est demandé de bonne heure si la femme ne pourrait pas conférer à l'un de ses créanciers un droit de préférence à l'égard des autres sur le montant de la collocation que lui assure l'hypothèque légale. Qu'il puisse être utile à la femme de procéder ainsi, la chose est manifeste ; l'hypothèque de la femme deviendrait ainsi pour elle un précieux instrument de crédit et lui faciliterait par exemple la réalisation d'un emprunt.

C'est à ce résultat qu'aboutit la subrogation.

En subrogeant à son hypothèque un de ses créanciers, la femme assure à celui-ci une garantie plus réelle, plus efficace que celle résultant du gage général ; elle lui confère un droit de préférence sur la collocation, de sorte que le subrogé, au lieu de venir en concours, passe avant les autres créanciers de la femme. Il est subrogé en ce sens qu'il est substitué à la femme dans le bénéfice de l'hypothèque légale, à l'exclusion des autres créanciers de celle-ci ; il acquiert le droit de prendre ce qui lui est dû avant que les autres créanciers puissent rien prétendre ; en un mot, il exerce l'hypothèque de la femme dans son intérêt exclusif.

Rien ne s'oppose à ce que la femme subroge ainsi plusieurs de ses créanciers. Elle ne leur transfère le bénéfice de son hypothèque que dans la mesure de leur intérêt, dans la mesure aussi de ses propres droits, dans la limite des droits qu'elle a ; si le premier subrogé ne les absorbe pas, rien ne s'oppose à ce qu'elle transfère ce qui en reste à un second et successivement à plusieurs autres, jusqu'à épuisement. Ils seront alors payés en sous-ordre sur la collocation de la femme, dans l'ordre des subrogations.

836. De la sorte, grâce à la subrogation, l'hypothèque

1. *Suprà*, tome I, p. 21 et suiv.

légale devient, aux mains de la femme, un moyen de crédit ; en transférant le bénéfice de cette hypothèque à ses créanciers, elle les soustrait au concours avec les autres créanciers.

Le résultat est celui-ci. Dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble du mari, la femme est colloquée pour le montant de ses droits et reprises. D'après le droit commun, les créanciers se distribueraient cette collocation par voie de contribution. Si un ou plusieurs d'entre eux sont subrogés par la femme, ils seront payés par préférence aux autres sur le montant de la collocation ; car la femme a abdiqué à leur profit, dans la mesure de leur intérêt, l'hypothèque qu'elle a sur les biens du mari.

837. Cette situation faite aux créanciers par l'effet de la subrogation était le droit commun jadis. Quand les créanciers d'un créancier hypothécaire avaient formé sur le montant de la collocation de celui-ci une opposition, ils étaient classés, dans un sous-ordre, suivant l'ordre de ces oppositions¹. Pothier, pour expliquer ce classement des créanciers en sous-ordre, disait ceci. Le droit d'hypothèque est lui-même susceptible d'hypothèque : *pignus pignori dari potest* ; les créanciers opposants sont considérés comme ayant hypothèque sur l'hypothèque de leur débiteur ; par suite, sur l'émolument de l'hypothèque les créanciers doivent être classés par ordre, autrement dit en sous-ordre².

Le sous-ordre ainsi compris se rattachait au système des hypothèques générales et avait amené beaucoup de complications pratiques. Il fut abrogé par la loi du 9 messidor an III, dont l'article 90 est ainsi conçu : « Dans le concours de plusieurs opposants en sous-ordre sur un même débiteur, au cas d'insuffisance pour les solder, il n'y a lieu à aucune distinction, aucune préférence ni ordre d'hypothèque sur les deniers qui lui appartiennent, lesquels doivent être distribués entre eux au marc la livre. » La même disposition se retrouve dans l'article 775 du Code de procédure.

Quel est l'effet de la subrogation ? Elle rétablit conven-

1. Sur la théorie et la pratique des oppositions dans l'ancien droit, voy. Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, n^{os} 14 et suivants.

2. Pothier, *Procédure civile*, partie IV, chap. II, sect. 5, art. 12, § 3.

tionnellement, exceptionnellement, les préférences en sous-ordre ; en d'autres termes, elle fait revivre les sous-hypothèques, si bien que l'article 775 du Code de procédure cesse d'être applicable en cas de subrogation.

Aussi l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 traite-t-il la subrogation comme le Code civil traite la constitution d'hypothèque ; les formes sont les mêmes que celles de la constitution d'hypothèque. La subrogation ne peut être faite que par acte authentique ; c'est l'application de l'article 2127. Elle doit être rendue publique, soit par une inscription proprement dite si l'hypothèque dont il s'agit n'était pas encore inscrite, soit, dans le cas contraire, par une mention en marge de l'inscription préexistante ; les subrogés, s'il y en a plusieurs, sont colloqués dans l'ordre des dates où ils ont requis les inscriptions ou mentions ; c'est l'application de l'article 2134. La subrogation est traitée comme une véritable constitution d'hypothèque conventionnelle sur hypothèque.

838. Finalement, la subrogation consentie par la femme au profit d'un ou plusieurs de ses créanciers est une convention par laquelle elle affecte par préférence, en sous-ordre, l'émolument garanti par son hypothèque légale. Elle abdique son hypothèque au profit de son créancier, afin que celui-ci l'exerce et en réalise le bénéfice dans son intérêt exclusif.

Pourquoi a-t-on appelé cette opération une subrogation ? En ce sens que le créancier est substitué à la femme dans le bénéfice de son hypothèque.

Mais cette subrogation n'a de commun que le nom avec la subrogation qui est réglementée par les articles 1249 et suivants. Celle-ci suppose un paiement, soit que le créancier reçoive son paiement d'un tiers et le subroge dans ses droits contre le débiteur (article 1250-1°), soit que le débiteur emprunte pour payer sa dette et subroge le prêteur dans les droits du créancier contre lui débiteur (article 1250-2°). Quant à la subrogation à l'hypothèque légale, elle ne suppose aucun paiement ; la femme qui subroge un tiers dans son hypothèque le fait sans être payée de ses droits et reprises. C'est donc tout autre chose.

Il se pourrait, à la vérité, que les créances de reprises fussent l'objet d'une subrogation proprement dite après la

dissolution du mariage, quand les reprises sont exigibles, soit que la femme en reçût le paiement d'un tiers et le subrogeât dans son hypothèque contre le mari (article 1250-1^o), soit que le mari empruntât pour payer la femme ou ses héritiers et subrogeât le prêteur dans l'hypothèque de la femme contre lui mari (article 1250-2^o). Mais cette opération est peu usitée. Si elle intervenait, elle serait exclusivement soumise aux règles du Code civil en matière de subrogation. En tout cas, ce n'est point en cela que consiste l'opération connue sous le nom de subrogation à l'hypothèque légale de la femme ; elle intervient au cours du mariage, avant que les reprises soient même exigibles, et sans que la femme reçoive aucun paiement¹.

839. Maintenant quelles sont les suites possibles de cette subrogation quant à la condition de la femme ? Les résultats sont ceux que comporte l'idée d'une sous-hypothèque constituée sur l'hypothèque de la femme et s'exerçant en sous-ordre sur la collocation de celle-ci. Ils se résument dans les deux propositions suivantes.

Première proposition. — La convention intervenue entre la femme et son créancier ne peut nuire ni au mari ni aux créanciers de celui-ci, ni aux acquéreurs de l'immeuble, qui n'y ont pas été parties et sont, par conséquent, des tiers à ce point de vue (article 1165).

Elle ne peut leur nuire. Donc les subrogés ne pourront se prévaloir de la subrogation que dans les conditions où la femme pourrait s'en prévaloir elle-même, dans la mesure des droits effectifs que la femme a finalement contre son mari ; ils ne pourront exercer l'hypothèque à leur profit que jusqu'à concurrence de l'étendue qu'elle a, c'est-à-dire dans les limites de la collocation de la femme, de même qu'une hypothèque ne vaut que jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble hypothéqué. Dans cette mesure, la subrogation, qui transfère seulement au créancier de la femme les droits de celle-ci, ne nuira ni au mari, ni aux créanciers du mari,

1. En fait, rien ne s'oppose à ce que la subrogation ainsi comprise, sans que la femme reçoive aucun paiement, intervienne après la dissolution du mariage. Dans ce cas, il semble naturel d'appliquer les règles de forme établies par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855. En ce sens, Toulouse 24 février 1892, Sir. 1893.II. 105. — *Contrà* : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1078 et 1079.

ni aux acquéreurs éventuels de l'immeuble ; la situation pour eux n'est pas modifiée.

Seconde proposition. — La femme ne subroge ses créanciers, ne leur cède son hypothèque que dans la mesure de leur intérêt et jusqu'à concurrence de leur créance. La subrogation consentie ne consomme l'hypothèque que si les subrogés s'en servent, de même qu'une hypothèque conventionnelle n'absorbe l'immeuble que si le créancier l'exerce.

De là deux conséquences.

1° Si le subrogé, qui est créancier de la femme, se trouve désintéressé sans avoir usé de la subrogation — par exemple la femme acquitte la dette, ou celle-ci est éteinte par compensation du chef de la femme —, rien n'est modifié dans la condition de la femme, qui conserve sa garantie hypothécaire intacte. De même, en cas d'hypothèque conventionnelle sur un immeuble, l'immeuble hypothéqué reste intact si le créancier est payé à l'échéance¹. L'hypothèque de la femme a été momentanément détournée de sa destination et utilisée comme moyen de crédit ; le créancier payé, les choses rentrent dans l'ordre.

2° Si, au contraire, le subrogé use de la subrogation et est payé comme subrogé sur la collocation de la femme, ce qu'il a reçu à ce titre est imputé sur les droits de la femme ; celle-ci se trouve payée par ce qu'a reçu son propre créancier ; elle est payée en la personne de son créancier. Ce qui a été compté à celui-ci diminue d'autant les droits et reprises de la femme ; les choses se passent comme si, ayant touché elle-même ce qui lui était dû, elle l'eût employé à se libérer envers son propre créancier².

Les résultats pratiques de la subrogation, dans ce premier cas, sont donc absolument clairs. La femme transforme son hypothèque légale en élément de crédit à son profit ; elle affecte à ses propres créanciers le bénéfice de son hypothèque, comme elle leur affecterait un immeuble lui appartenant.

1. Trib. de Boulogne-sur-mer 13 juin 1890, D. P. 1892. III. 6.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 782, — Mérygnac, *Contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée*, n^o 114.

II. *Subrogation consentie par la femme au profit d'un créancier du mari.*

840. Cette subrogation est de beaucoup la plus usitée dans la pratique. L'opération prend alors plus spécialement, selon les cas, les noms de cession d'antériorité, de cession d'hypothèque ou de renonciation à l'hypothèque.

Si la femme subroge un créancier de son mari dans le bénéfice de son hypothèque légale, c'est afin de reconstituer le crédit de son mari. Il est manifeste que le crédit du mari est ébranlé par l'hypothèque légale, car cette hypothèque est générale au point de vue des biens qu'elle affecte et des créances qu'elle garantit.

Pour atténuer cette conséquence dans l'intérêt du crédit du mari, la femme pourrait cautionner son mari, se constituer débitrice solidaire avec lui ¹. En s'obligeant, elle obligerait tous ses biens.

Elle pourrait au besoin hypothéquer ses immeubles à un ou plusieurs créanciers du mari.

A défaut d'immeubles lui appartenant, pourquoi ne pourrait-elle pas transporter à un ou plusieurs créanciers du mari le bénéfice de l'hypothèque qu'elle a sur les immeubles de celui-ci ? Le subrogeant et le subrogé sont créanciers d'un même débiteur, qui est le mari.

841. Si le subrogé est créancier hypothécaire du mari, la subrogation s'appelle cession d'antériorité et ne constitue qu'une cession de rang ; la femme confère au créancier son rang et prend le sien. Au jour de la liquidation, le subrogé sera colloqué au rang de la femme et la femme au rang du créancier subrogé. Voilà le cas élémentaire de subrogation. C'est celui que prévoit le décret du 28 février 1852. Sous le nom de subrogation, ce décret vise un cas de cession d'antériorité. La cession intervient au profit d'un créancier du mari, le Crédit foncier qui a fait un prêt au mari (article 20). Le Crédit foncier ne peut prêter — telle est la loi de son institution ² — que sur première hypothèque ; il ne peut pas être primé par la femme ; de sorte qu'il

1. Dans ce cas la femme est réputée ne s'être obligée que comme caution (article 1431) ; elle peut subroger dans son hypothèque légale, pour le montant de l'obligation, le créancier envers lequel elle s'est engagée solidairement. Alger 27 juin 1892, Sir. 1893.II.241.

2. *Infrà*, nos 947 et 1034.

faût que la femme le subroge dans son hypothèque, ou alors il ne prêtera qu'après avoir purgé. Aussi l'article 20 impose-t-il à la femme l'obligation de s'inscrire. Voilà, bien caractérisée, la cession d'antériorité ; c'est une subrogation au profit d'un créancier hypothécaire du mari.

Si le subrogé est un créancier chirographaire du mari, la subrogation devient une cession d'hypothèque. Le subrogé et la femme prennent la place l'un de l'autre. La femme devient créancière chirographaire du mari¹ ; quant au subrogé, qui n'avait comme créancier qu'un droit de poursuite personnelle contre son débiteur, il pourra désormais, comme cessionnaire de l'hypothèque, se prévaloir, pour être payé, du rang que l'hypothèque légale assurait à la femme².

Dans les deux cas — cession d'antériorité et cession d'hypothèque — la femme, au lieu de dire qu'elle subroge le créancier du mari dans le bénéfice de son rang ou qu'elle lui cède son hypothèque, dit souvent qu'elle renonce à l'hypothèque légale au profit de ce créancier. Peu important les termes ; le résultat est le même. La renonciation est ici une renonciation *in favorem*, qui équivaut à une cession ; elle est translatrice de droits³. Cession d'antériorité au profit d'un créancier hypothécaire, cession d'hypothèque au profit d'un

1. Voy. toutefois l'observation importante qui sera faite *infra*, n° 845 *in fine*.

2. Le subrogé épuise le droit hypothécaire de la femme dans la mesure où il l'exerce. La femme perd donc le bénéfice de son rang originaire et son droit de suite contre les tiers acquéreurs à concurrence de la collocation obtenue par le subrogé. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, p. 783, — Mérignhac, *op. cit.*, n° 107, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1134, — Bourges 30 juillet 1853, D. P. 1856.II.205, Sir. 1855.II.586, — Cass. 11 février 1867, D. P. 1867.I.465 (note de M. Ch. Beudant), Sir. 1867.I.101.

3. La jurisprudence est depuis longtemps fixée en ce sens. La femme, en renonçant à son hypothèque au profit d'un créancier de son mari, ne s'interdit pas seulement de s'en prévaloir au préjudice de ce créancier ; elle lui en transmet le bénéfice dans les limites de sa créance. En plaçant sur la même ligne la cession et la renonciation, l'article 9 de la loi de 1855 a consacré législativement cette manière de voir, qui était déjà celle de la Cour de cassation : 8 août 1854, D. P. 1855.I.337, Sir. 1854.I.321, — Toulouse 15 juin 1891, sous Cass. 27 février 1894, Sir. 1894.I.347. — Voy. dans le même sens, Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 775, texte et note 28, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 109, — Mérignhac, *op. cit.*, n°s 23 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1064.

créancier chirographaire, renonciation au profit de l'un ou de l'autre, les trois expressions visent la même opération.

842. Il peut arriver que cette subrogation résulte d'une convention expresse, intervenue directement pour l'effectuer.

D'autres fois, la renonciation, qui peut valoir cession de rang ou d'hypothèque, sera tacite. On peut soutenir que la femme, en cautionnant son mari, en s'obligeant solidairement avec lui, en donnant son consentement à l'acte par lequel il hypothèque un de ses immeubles ou un immeuble de la communauté, renonce à se prévaloir de son hypothèque au regard du créancier¹.

Quand la femme intervient à l'acte de constitution d'hypothèque sur un bien du mari ou sur un immeuble de communauté, le résultat est certain. En effet, on ne peut expliquer l'intervention de la femme à la constitution d'hypothèque faite par le mari autrement que par la pensée de garantir le créancier contre l'hypothèque légale ; la femme renonce à son hypothèque au profit du créancier².

Dans le cas où la femme se borne à cautionner le mari ou à s'engager solidairement avec lui, sans qu'il y ait constitution d'hypothèque par le mari, la question est controversée de savoir si la femme subroge par là même le créancier à son hypothèque. C'est une question d'interprétation de convention. Toutefois, la jurisprudence paraît se fixer de plus en plus dans le sens de la négative. En effet, il ne résulte pas nécessairement de l'acte intervenu que la femme a entendu abdiquer son hypothèque au profit du créancier du mari ; elle s'est seulement liée envers lui par une obligation personnelle. Par conséquent, le créancier peut saisir les biens de la femme, qui s'est constituée sa débitrice ; il peut, par application des articles 1166 du

1. Benech, *Du nantissement appliqué aux droits et créances de la femme*, n° 26, — Bertauld, *op. cit.*, nos 63 à 68, et 72, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 464, — Flandin, *Transcription*, II, n° 1550, — Verdier, *Transcription*, II, n° 668, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 756, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 81 bis XIX et XXI, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 110, — Mérignhac, *op. cit.*, nos 127 et 129, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1061 et 1062.

2. Cass. 8 août 1854, D. P. 1855.I.337, Sir. 1854.I.521, — 26 juin 1855, D. P. 1855.I.273, Sir. 1855.I.670, — Amiens 11 novembre 1858, D. P. 1859.II.128, Sir. 1859.II.316, — Cass. 25 février 1862, D. P. 1862.I.240, Sir. 1862.I.356.

Code civil et 775 du Code de procédure, exercer l'hypothèque de la femme ; mais rien n'indique qu'il puisse s'attribuer le bénéfice de cette hypothèque au détriment des autres créanciers, c'est-à-dire qu'il soit subrogé¹.

843. Voilà comment intervient la subrogation consentie par la femme au profit d'un créancier du mari. Elle se traduit ou par une cession de rang et s'appelle cession d'antériorité, ou par une cession d'hypothèque et se nomme subrogation.

844. Cela dit, il reste à résoudre les mêmes questions complémentaires que dans le cas précédent² : quelles sont les suites possibles de la convention en ce qui concerne la condition tant du subrogé que de la femme ? Mêmes réponses que précédemment. Les résultats se résument encore en deux propositions.

Première proposition. — La femme ne subroge les créanciers du mari, ne leur cède son rang ou son hypothèque que dans la mesure de leur intérêt. Rien ne s'oppose, dès lors, à ce qu'elle subroge successivement plusieurs créanciers du mari jusqu'à concurrence de l'étendue des droits qu'elle possède elle-même. Supposons que ses droits et reprises s'élèvent à 100.000 francs et qu'ils résultent des conventions matrimoniales. La femme a rang d'hypothèque pour 100.000 francs à la date de la célébration du mariage. Le mari emprunte 20.000 francs et la femme subroge le prêteur ; plus tard il emprunte 50.000 francs, la femme subroge le nouveau prêteur ; et ainsi de suite. Bien entendu, elle ne peut subroger les créanciers du mari que dans la mesure de l'hypothèque qui lui appartient à elle-même, car la convention ne peut nuire aux autres créanciers³ ; en conséquence, les subrogations qu'elle consent sont toujours subordonnées à cette condition qu'elle aura finalement des droits à faire

1. Bertauld, *op. cit.*, n° 69, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 463, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 756 et 757, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 81 bis XX, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 110, — Mérignhac, *op. cit.*, n° 125, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1063. — Cass. 14 mars 1865, D. P. 1865.I.129, Sir. 1865.I.209, — Amiens 26 mai 1874, D. P. 1876.II.130.

2. Voy. *suprà*, n° 839, p. 266.

3. Voy. des applications de ce principe dans les deux décisions suivantes : Douai 12 février 1891, D. P. 1893.II.481 (note de M. Planiol), — trib. de Grasse 26 octobre 1891, sous Aix 8 avril 1892, Sir. 1892.II.145 (note de M. Valabrègue).

valoir. Mais, sous cette réserve, rien ne s'oppose à ce qu'elle subroge un nombre illimité de créanciers du mari.

Dans quel ordre alors viendront-ils, s'il n'y a pas de quoi les désintéresser tous sur les droits de la femme ? L'article 9 de la loi de 1855 est encore applicable à ce cas. La subrogation — qui vaut affectation de l'hypothèque de la femme au profit des créanciers — ne peut être faite que par acte authentique ; elle doit être rendue publique au moyen d'une inscription ou d'une mention ; les subrogés, s'il y en a plusieurs, viendront dans l'ordre des dates des inscriptions ou mentions par eux requises¹.

Seconde proposition. — La femme, créancière du mari, qui subroge dans ses droits d'autres créanciers du mari, ne cesse pas pour cela d'être créancière. Dans le cas où le subrogé est son créancier à elle, ce que celui-ci touche comme subrogé est censé avoir été touché par la femme ; elle est désintéressée en sa personne. Ici, ce sont les créanciers du mari qui sont subrogés ; la femme ne peut donc pas être payée en leurs mains. Seulement, dans la mesure où les subrogés auront usé de l'hypothèque de la femme et l'auront absorbée, la femme cessera d'être créancière hypothécaire et n'aura plus qu'une créance chirographaire. La dette du mari ne s'en trouvera pas augmentée ; il n'y aura de changé que l'ordre dans lequel les créanciers seront payés².

Que si maintenant le mari paie *de suo*, si le subrogé réalise ses droits sans invoquer la subrogation, sans avoir besoin de se servir des droits de la femme, rien n'est changé à la position de la femme. Ici encore, elle aura détourné momentanément son hypothèque de sa destination ; elle l'aura fait servir au crédit du mari, mais sans modifier finalement sa situation.

845. La subrogation ainsi comprise ne nuit ni au mari, ni à l'ensemble de ses créanciers. Elle profite aux créanciers subrogés dans la mesure des droits de la femme.

Cependant, il n'est pas tout à fait exact de dire que l'opération ne modifie pas les charges hypothécaires du mari. En effet, la femme a le droit de réclamer à son mari une indemnité, laquelle est garantie par l'hypothèque légale à la date de la subrogation ; de sorte que la femme, par l'effet

1. *Suprà*, p. 202 et 265.

2. Cass. 31 janvier 1883, D. P. 1883.I.316, Sir. 1884.I.321.

même de la subrogation, redevient créancière hypothécaire du mari, mais à un autre rang ¹.

III. *Subrogation consentie par la femme au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari.*

846. Si on admet que l'hypothèque légale de la femme porte sur tous les conquêts de communauté ², il faut ajouter : ou au profit du tiers acquéreur d'un immeuble de la communauté. Peu importe, du reste, de quelle manière le tiers acquéreur devient propriétaire de l'immeuble : par vente, échange, donation, *datio in solutum*, etc.

Ici comme dans le cas précédent, la subrogation est un moyen pour la femme de rendre au mari le crédit que lui enlève l'hypothèque légale, au moins d'atténuer pour lui la charge de cette hypothèque. La subrogation prend alors plus spécialement le nom de renonciation ³ ; plus spécialement encore, on l'appelle renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble, pour la distinguer de la renonciation qui intervient au profit d'un créancier du mari, et qui vaut cession d'antériorité.

847. Quels sont les caractères particuliers et les effets d'une pareille convention ?

Il y a eu doute à cet égard sous le régime de la loi de 1855 ; et c'est principalement à cause de cela qu'est intervenue la loi du 13 février 1889, qui a modifié l'article 9 de la loi de 1855, ou du moins l'a complété en y ajoutant cinq alinéas, tous relatifs à la renonciation consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari.

De sorte que l'ancien article 9, qui comportait seulement deux alinéas, en contient maintenant sept : les deux premiers sont généraux et restent communs à tous les cas de subrogation, les cinq derniers sont exclusivement relatifs à la subrogation ou renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari. Cela fait un texte bien long, qui

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 783. — Cpr. *suprà*, p. 269, note 1, — et *infra*, p. 280, note 1.

2. *Suprà*, n^o 686 et suiv., p. 157 et suiv. *

3. Rappelons à ce propos que la clause de renonciation générale et absolue à l'hypothèque légale est nulle comme contraire à l'article 2140 *in fine* (Sic, Cass. 20 mai 1878, Sir. 1879.I.49 (note de M. Lyon-Caen), — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 391 et suiv. — *Contrà*, Nancy 4 mai 1886, D. P. 1891.I.35.

n'a guère simplifié les choses ; il contient notamment un alinéa final, qui est aussi obscur qu'il est long.

848. Le doute, avant cette loi de 1889, portait sur trois points : le premier relatif à des questions de forme, de publicité, et que nous retrouverons plus loin ¹, — les deux autres relatifs au caractère même, aux effets de la convention, et dont la place est ici.

PREMIER POINT

849. Il y avait doute sur le point de savoir si la renonciation au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari, ainsi que cela semble ressortir des termes usités pour la qualifier, emportait extinction de l'hypothèque au regard du tiers acquéreur, en ce sens que la femme abdiquerait son droit de suite ², ou bien si cette renonciation valait transfert de l'hypothèque au profit du tiers acquéreur ³. En d'autres termes était-elle extinctive ou translatrice du droit hypothécaire de la femme ⁴ ?

D'après la loi de 1889, la renonciation peut, selon les cas, avoir l'un ou l'autre de ces deux caractères. Elle est tantôt extinctive, tantôt translatrice. Là est le nœud et en même temps toute la difficulté de la loi nouvelle.

850. En principe, la renonciation faite par la femme est extinctive, elle affranchit l'immeuble du droit de suite et le fait passer libre aux mains de l'acquéreur ; en d'autres termes, elle vaut purge et dispense, par conséquent, l'acquéreur de purger contre l'hypothèque de la femme. C'est

1. *Infrà*, nos 865 et 879.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 484 et 488, — Mérignac, *op. cit.*, nos 137 et suiv.

3. Bertauld, *op. cit.*, n° 140, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 775 et suiv., — Garnier, *Subrogation à l'hypothèque*, n° 230.

4. Dans les deux systèmes on admettait que la femme, en renonçant à son hypothèque, perdait son droit de suite, mais conservait son droit de préférence : Paris 10 février 1873, D. P. 1874. II. 133, — Dijon 17 novembre 1876, D. P. 1878. II. 57, Sir. 1877. II. 261. — Seulement, d'après une opinion, le mari pouvait disposer librement du prix de l'immeuble, l'hypothèque légale étant éteinte (Pont, *loc. cit.*, — Mérignac, *loc. cit.*, — Amiens 3 mars 1853, D. P. 1854. V. 427, — Metz 31 décembre 1857, D. P. 1868. II. 145, Sir. 1869. II. 5), — d'après une autre, ce droit lui était refusé, la renonciation de la femme ayant le caractère d'une simple promesse d'abstention (Bertauld, *op. cit.*, n° 49, — Aubry et Rau, 4^e édition, III, p. 464, — Agen 21 mars 1866, D. P. 1867. II. 129, — Dijon 19 novembre 1876, précité)

un moyen d'éviter la purge légale¹, avec ses frais et ses lenteurs.

Le premier alinéa ajouté à l'article 9 est ainsi conçu :
 « La renonciation par la femme à son hypothèque légale au
 « profit de l'acquéreur d'immeubles grevés de cette hypo-
 « thèque en emporte l'extinction et vaut purge à partir, soit
 « de la transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation
 « y est contenue, soit de la mention faite en marge de la
 « transcription de l'acte d'aliénation, si la renonciation a été
 « consentie par acte authentique distinct. » Puis l'alinéa
 4 ajoute, ce qui complète l'assimilation avec la purge :
 « Toutefois la femme conserve son droit de préférence sur
 « le prix, mais sans pouvoir répéter contre l'acquéreur le
 « prix ou la partie du prix par lui payé de son consente-
 « ment et sans préjudice du droit des autres créanciers
 « hypothécaires². »

C'est un cas à ajouter à ceux que nous avons rencontrés³,

1. Il ne faudrait pas croire cependant que la renonciation faite par la femme ait le même effet qu'une procédure de purge après inscription prise par la femme dans les deux mois de l'article 2194.

La purge n'éteint pas par elle-même l'hypothèque, qui continue de grever l'immeuble non seulement jusqu'à la clôture de l'ordre, mais encore jusqu'au paiement effectif ou jusqu'à la consignation. Si la femme ne reçoit pas paiement de son bordereau de collocation, elle peut poursuivre contre l'acquéreur et les sous-acquéreurs la revente de l'immeuble par voie de folle enchère ou d'expropriation forcée suivant les cas.

Dans notre hypothèse, au contraire, la femme a perdu son droit de suite et ne peut plus agir contre l'immeuble. Elle n'a contre l'acquéreur qu'une action personnelle; s'il est insolvable, elle ne peut que recourir à l'article 1166 et exercer, du chef de son mari, soit le privilège du vendeur, soit l'action résolutoire, si ces droits ont été régulièrement conservés. Wable, *Traité des renonciations par la femme à son hypothèque légale au profit du tiers acquéreur*, n° 121, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1142.

2. Une question non résolue par la loi de 1889 est de savoir si la femme peut disposer de ce droit de préférence qui a ainsi survécu, et à quelles conditions. D'après l'opinion commune, ce droit de préférence est une qualité de la créance et en est inséparable. Il n'y a plus, après la renonciation de la femme, de droit réel susceptible de transmission distincte; la créance de la femme, munie d'une cause de préférence, ne peut plus être cédée qu'en observant les formalités de l'article 1690. L'article 9 de la loi de 1855 reste étranger à cette hypothèse, puisqu'il ne s'agit pas d'une subrogation à hypothèque légale. Tissier, *Revue critique*, 1889, p. 649, — César-Bru, *Etude sur la renonciation de la femme mariée à son hypothèque légale*, p. 119 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1150; — Riom 3 juillet 1884, sous Cass. 6 juin 1887, D. P. 1888.I.33, Sir. 1889.I.17 (note de M. Chavegrin), — 11 juin 1894, D. P. 1896.I.537 (note de M. de Loynes).

3. *Suprà*, nos 754, 757 et 760.

dans lesquels le droit de préférence, ou droit de produire à l'ordre, survit au droit de suite, ou droit de saisir sur le tiers détenteur¹. La femme, quoique désormais sans action contre les tiers, conserve son droit de préférence, pourvu qu'elle produise à l'ordre en temps utile, de manière à ne pas encourir la déchéance édictée par l'article 755 du Code de procédure²; mais elle n'a pas à provoquer l'ouverture de l'ordre dans le délai préfixe de l'article 772 du même Code en cas d'aliénation volontaire³.

Bien entendu, la femme conserve ses droits intacts sur les autres immeubles du mari, s'il en a. Elle ne le perd que sur l'immeuble aliéné.

851. Ainsi, en principe, la renonciation est extinctive. La loi décide ainsi parce que c'est là ce qui intéresse surtout l'acquéreur; or la convention intervient à son profit; il y a donc présomption que telle est l'intention des parties.

Le résultat attendu se produit — puisqu'il est un effet de l'aliénation et de la renonciation que contient l'acte — par cela seul que l'acquéreur a un titre opposable aux tiers, autrement dit par cela seul que son titre est transcrit. Dès la transcription et par l'effet de la transcription, l'acquéreur est à l'abri de toute action hypothécaire de la part de la femme, puisqu'elle a renoncé; en outre, il est à l'abri de toute poursuite de la part de ceux auxquels la femme ferait ultérieurement cession de son hypothèque légale au mépris de sa renonciation. Les tiers sont avertis par la transcription. Et la renonciation extinctive produit son plein effet sans qu'il y ait aucune autre formalité à remplir que celle de la transcription du titre. Cela ressort clairement des termes mêmes du nouvel article 9 : « La renonciation... « emporte extinction et vaut purge à partir, soit de la transcription de l'acte d'aliénation, soit de la mention « faite en marge de la transcription..... »

852. Maintenant, si la renonciation est, en principe, ex-

1. La présomption légale en vertu de laquelle le droit de préférence survit au droit de suite dans notre hypothèse est une présomption *juris tantum*, qui cède devant la manifestation par la femme d'une volonté contraire. Cette manifestation peut être tacite; elle résultera notamment de sa renonciation consentie sans aucune stipulation de prix. César-Bru, *op. cit.*, p. 108 et suiv.

2. *Suprà*, p. 51.

3. *Suprà*, p. 50. — Bressolles, *Explication de la loi du 13 février 1889*, p. 31.

inctive de l'hypothèque de la femme — parce que tel est le but ordinaire et probable que les parties ont eu en vue, — elle est, au contraire, translatrice au profit de l'acquéreur de l'immeuble et vaut pour lui subrogation quand elle a été l'intention des parties. Leur intention à cet égard peut avoir été formellement énoncée, ou s'induire des circonstances.

Dans ce cas, l'acquéreur de l'immeuble, subrogé à l'hypothèque de la femme, n'est pas seulement affranchi du droit de suite ; il est, en outre, investi du droit d'exercer à son profit le droit de préférence qui résulte de l'hypothèque. D'où la conséquence qu'il doit alors rendre la subrogation publique, de même que dans le cas de subrogation au profit d'un créancier de la femme ou d'un créancier du mari ¹, parce que telle est la condition d'exercice de l'hypothèque. Il a soit à prendre une inscription, soit à faire insérer une mention en marge de l'inscription déjà existante. C'est, en effet, ce qui résulte du cinquième des alinéas ajoutés par la loi du 13 février 1889 à l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 ; la fin de cet alinéa dit : « ... à moins « que l'acquéreur ne se soit conformé aux prescriptions « du paragraphe 1 du présent article », autrement dit à moins qu'il n'ait pris inscription dans les termes de l'ancien article de la loi de 1855.

Toutefois, il y a une distinction à faire. Nous verrons plus loin quelle elle est ².

Quoi qu'il en soit, il est acquis que le tiers acquéreur doit prendre inscription, au moins dans un cas.

853. Sous l'empire de la loi de 1855, la question était discutée de savoir si la renonciation faite au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari devait, en outre de la transcription de l'acte, être inscrite.

Non, disaient les uns. En effet, pareille renonciation ne transfère pas l'hypothèque de la femme à l'acquéreur ; elle éteint l'hypothèque, et l'acquéreur, dès lors, n'a rien à inscrire.

Oui, disaient les autres. En effet, si la renonciation est le plus souvent extinctive, il se peut qu'elle soit translatrice. D'ailleurs, l'article 9 ne fait pas de distinction ; il réunit

1. *Suprà*, p. 265 et 272.

2. *Infra*, n° 858.

dans ses prévisions tous les cas de subrogation, même par renonciation, et il exige l'inscription pour tous. Donc l'acquéreur, pour avoir le bénéfice de la renonciation faite à son profit et se prémunir contre les cessions ou subrogations ultérieures, doit non seulement transcrire son titre d'acquisition, mais prendre inscription et prendre inscription sur lui-même, puisqu'il est propriétaire.

La loi de 1889 a été faite principalement pour mettre fin à ce débat. La jurisprudence paraissait se fixer en ce sens que l'acquéreur de l'immeuble devait, quoique ayant transcrit son titre, faire inscrire en outre la renonciation s'il voulait en conserver tous les effets ¹. Cette exigence paraissait excessive et avait donné lieu à maintes réclamations de la part des chambres de notaires.

Détail assez piquant — et qui prouve qu'on a parfois tort de légiférer si vite et si souvent au lieu de laisser faire le temps et aboutir les controverses doctrinales — au lendemain de la loi de 1889 la Cour de cassation, revenant sur sa jurisprudence antérieure, décidait que l'acquéreur de l'immeuble du mari, au profit duquel la femme a renoncé à son hypothèque, n'a pas besoin d'inscrire la subrogation, et qu'il lui suffit de faire transcrire son titre ².

1. Sic : Lyon 22 décembre 1863, D. P. 1864.II.193, — Cass. 29 août 1866, D. P. 1867.I.49, Sir. 1867.I.9, — trib. de Charolles 6 septembre 1879, Sir. 1880.II.148, — Douai 22 décembre 1887, D. P. 1890.I.467, Sir. 1889.II.79. — Cpr. Bertauld, *op. laud.*, n° 93, — Verdier, *Transcription*, II, n°s 661 et 662, — Aubry et Rau, 4^e édition, III, p. 466, — Garnier, *Subrogation à l'hypothèque légale*, n°s 349 et suiv.

Secus : Trib. de la Flèche 26 août 1878 et trib. de Beaune 28 août 1879, Sir. 1880.II.148, — trib. du Mans 28 janvier 1880, D. P. 1880.III.134, — Dijon 4 août 1880, D. P. 1880.II.241, Sir. 1880.II.323, — 6 février 1889, D. P. 1890.II.326, Sir. 1889.II.79. — Cpr. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 486, — Labbé, *Revue critique*, 1881, p. 336, — Tissier, *Revue critique*, 1889, p. 634.

2. Cass. 5 mai 1890, D. P. 1890.I.467, Sir. 1890.I.392. La Cour s'exprime ainsi : « ... La loi du 23 mars 1855, dans son article 9 dont le texte primitif « est seul applicable à la cause, n'assujettissait à la nécessité de l'inscription que les renonciations dont l'effet était de saisir les cessionnaires ou « subrogés des droits hypothécaires de la femme ; ... la renonciation pure « et simple de celle-ci à son hypothèque légale dans un acte de vente régulièrement transcrit, au profit de cet acquéreur, d'un immeuble grevé de cette « hypothèque, ayant un caractère extinctif et non translatif, se trouvait par « suite dispensée de toute formalité autre que celle de la transcription ; ... « si la loi du 13 février 1889, dont le but a été de mettre fin sur ce point à toute « controverse, contient en ce sens une disposition expresse, elle n'a point « innové dans cette mesure, mais consacré la doctrine généralement admise « dans la pratique, tout en la complétant par des dispositions accessoires. »

Désormais la difficulté est résolue. En principe la renonciation n'est qu'extinctive, et alors la transcription suffit; quelquefois elle est translative, et alors l'acquéreur, sauf distinctions, doit inscrire la subrogation.

854. Seulement deux questions se posent.

1° Quel intérêt peut avoir l'acquéreur d'un immeuble du mari à être ainsi subrogé à l'hypothèque légale?

2° En quel cas la subrogation, qui est extinctive en principe, devient-elle translative?

Première question

855. L'intérêt de l'acquéreur à être subrogé n'apparaît que dans deux cas.

Ordinairement, il suffit à l'acquéreur que l'immeuble arrive entre ses mains affranchi du droit de suite, en d'autres termes que la renonciation soit extinctive. Le prix sera distribué dans l'ordre ouvert entre les ayants droit, et l'acquéreur sera couvert.

Si l'acquéreur a ou peut avoir intérêt à être subrogé, ce n'est que pour obtenir le bénéfice de l'hypothèque légale comme garantie des droits résultant pour lui de la vente contre le vendeur.

Or cet intérêt se manifeste dans deux hypothèses.

1° L'acquéreur a intérêt à être subrogé en prévision d'une éviction. Evincé, il aura un recours en garantie contre son auteur, si son titre d'acquisition lui donne droit à la garantie, notamment s'il est acheteur. Pour assurer l'efficacité de ce recours éventuel, il a intérêt à se faire subroger par la femme, afin d'être colloqué, pour ce qui lui sera dû par le mari garant, au rang qu'aurait eu la femme.

2° L'acquéreur a intérêt à être subrogé en cas de poursuites par d'autres créanciers hypothécaires. Voici l'espèce. Si l'acquéreur acquiert l'immeuble libre, c'est libre du chef de la femme qu'il l'acquiert : « sans préjudice du « droit des autres créanciers hypothécaires », comme dit le quatrième des alinéas ajoutés en 1889 à l'article 9 de 1855; à moins, bien entendu, que l'acquéreur ne purge contre eux. Or, si ces créanciers poursuivent l'acquéreur, il importe de pouvoir leur faire entrevoir qu'ils n'ont aucun intérêt à cette poursuite, puisque l'acquéreur, étant subrogé au droit de la femme, les primerait du chef de celle-ci;

pour le recouvrement de son prix contre le mari, son vendeur, il serait colloqué avant eux. Cela ne les arrêtera pas s'ils espèrent faire vendre l'immeuble plus cher. Mais s'ils poursuivent, le premier acheteur, pour recouvrer les fonds par lui payés, passera au rang que la femme aurait pu invoquer en vertu de son hypothèque légale. Ce résultat est inévitable. Il y a là une combinaison qui respecte les droits des créanciers et qui, en même temps, protège l'acquéreur contre les risques de la situation.

Telles sont les deux seules hypothèses où l'on puisse comprendre l'intérêt de l'acquéreur à se faire subroger.

L'effet produit par la subrogation, quant à la situation de la femme, est le même qu'au cas de subrogation consentie par elle au profit d'un créancier du mari. L'acquéreur subrogé est-il payé de ce qui lui est dû sans avoir exercé l'hypothèque de la femme, les droits de celle-ci restent intacts. A-t-il invoqué l'hypothèque, dans la mesure où il en a usé, la femme, comme créancière du mari, ne vient plus qu'en qualité de chirographaire, car elle ne peut pas, par sa volonté, augmenter la dette hypothécaire du mari ¹.

Seconde question

856. Puisque désormais la renonciation est tantôt simplement extinctive, tantôt translatrice, dans quels cas a-t-elle l'un ou l'autre de ces deux caractères ?

Elle n'est translatrice qu'exceptionnellement. Les cas où il en est ainsi sont au nombre de deux.

1^o La renonciation est translatrice et vaut subrogation quand les parties l'ont voulu et dit. Par exemple, l'acquéreur entend se réserver l'hypothèque pour se garantir contre le danger d'éviction. Rien là que de conforme au droit commun ; la convention fait loi. L'acquéreur jouit de tous les droits de la femme sur les autres immeubles du mari, et il est tenu de prendre une inscription.

2^o La renonciation est encore translatrice dans un cas prévu par le cinquième des alinéas ajoutés en 1889 à l'arti-

1. Toutefois il faut tenir compte de l'observation faite *suprà*, n^o 485 *in fine*. La femme qui a consenti une subrogation au profit du tiers acquéreur d'un immeuble du mari a un recours contre son mari dans la mesure où la subrogation a été utile au mari ; et ce recours est garanti par l'hypothèque légale, mais à un rang nouveau. — Cpr. *suprà*, n^o 841, note 3.

cle 9 de 1855 : « Le concours ou le consentement donné
 « par la femme, soit à un acte d'aliénation contenant quit-
 « tance totale ou partielle du prix, soit à l'acte ultérieur de
 « quittance totale ou partielle, emporte même, à due con-
 « currence, subrogation à l'hypothèque légale sur l'im-
 « meuble vendu, au profit de l'acquéreur, vis-à-vis des
 « créanciers hypothécaires postérieurs en rang ; mais cette
 « subrogation ne pourra préjudicier aux tiers qui devien-
 « draient cessionnaires de l'hypothèque légale de la femme
 « sur d'autres immeubles du mari, à moins que l'acquéreur
 « ne se soit conformé aux prescriptions du paragraphe 1^{er}
 « du présent article. »

857. Le texte est d'une rédaction singulièrement lourde et enchevêtrée. Mais l'idée n'en est pas moins claire.

Voici l'hypothèse. La femme n'a pas seulement renoncé à son hypothèque en faveur de l'acquéreur ; elle a, en outre, malgré le droit de préférence qu'elle a conservé, autorisé l'acquéreur à payer son prix entre les mains du mari vendeur ; et elle a donné cette autorisation soit formellement, soit en concourant à l'acte portant quittance.

Dans ces conditions, la loi interprète la renonciation dans le sens d'une subrogation. Et cette interprétation, comme on l'a dit, « correspond évidemment à l'ensemble des intentions des parties ¹ ».

L'acquéreur, en exigeant la renonciation de la femme, a suffisamment donné à entendre qu'il ne procéderait pas à la purge, à cause des frais et des pertes de temps qu'elle entraîne. S'il a payé au mari tout ou partie du prix, c'est seulement avec la pensée d'être libéré définitivement, sans rien avoir à craindre ni de la femme, qui a gardé son droit de préférence, ni des créanciers postérieurs, qui ont conservé leur droit de suite. Le concours de la femme à l'acte contenant quittance défend l'acquéreur contre la femme et interdit à celle-ci de réclamer contre le paiement fait ; la subrogation le défend contre les créanciers postérieurs, qui n'ont aucun intérêt à poursuivre, puisque l'acquéreur est subrogé à la femme sur l'immeuble vendu.

858. Dans ce cas, il est superflu de prendre inscription en ce qui concerne l'immeuble vendu. La subrogation dont

1. Bressolles, *Explication de la loi du 13 février 1889*, p. 33.

la loi accorde le bénéfice à l'acquéreur est « la suite virtuelle et le complément de la convention intervenue avec la femme »¹. C'est une véritable subrogation légale, un moyen réservé à l'acquéreur de se garantir contre l'action hypothécaire des autres créanciers, auxquels il opposera, s'ils poursuivent, la subrogation acquise dans les droits de la femme. En d'autres termes, la renonciation profite à l'acquéreur, mais non aux créanciers postérieurs à la femme ; donc si ceux-ci poursuivent, l'acquéreur passera au rang de la femme pour le recouvrement du prix payé au mari.

Ainsi l'acquéreur est subrogé à la femme sur l'immeuble acquis, et cela légalement, sans avoir besoin de prendre inscription : emporte « même », dit le texte.

Mais il n'en est ainsi qu'en ce qui concerne l'immeuble aliéné. Si l'acquéreur, plus exigeant, veut être subrogé aux droits de la femme sur les autres immeubles du mari, il est indispensable qu'il fasse de cette subrogation l'objet d'une stipulation formelle ; et cette subrogation devra être rendue publique, car elle ne se rattache pas à la renonciation et, par conséquent, n'est pas révélée aux tiers par la transcription².

SECOND POINT

859. Une seconde question, restée douteuse sous l'empire de la loi de 1855, a été tranchée par la loi de 1889.

Il y avait doute sur le point de savoir si la renonciation au profit de l'acquéreur de l'immeuble résultait du concours de la femme à la vente de l'immeuble.

D'après l'opinion commune, le concours de la femme valait renonciation tacite. Comment, en effet, expliquer autrement l'intervention de la femme à la vente de l'immeuble du mari ou de l'immeuble de la communauté ? Puisque le mari est propriétaire, ou chef de la communauté, sa présence suffit pour l'efficacité de l'aliénation ; si

1. Bressolles, *loc. cit.*, p. 34. — D'après MM. Baudry-Lacantinerie et de Loyne (*Privilèges et hypothèques*, II, n° 1153), la transmission du droit de la femme n'est pas l'objet direct et immédiat de son consentement. Ce que la femme autorise, d'après eux, c'est le paiement. La subrogation en est la conséquence ; elle ne s'opère pas par la volonté de la femme ; elle a lieu de plein droit, en vertu de la loi, sans qu'aucune nouvelle manifestation de sa volonté soit nécessaire.

2. Bressolles, *loc. cit.*, p. 33.

la femme intervient, alors qu'il suffisait que le mari figurât seul à l'acte, c'est avec un but ; donc sa présence et son concours impliquent qu'elle se porte garante au regard de l'acquéreur en ce qui concerne l'effet de son hypothèque légale, et par conséquent qu'elle renonce au droit de suite résultant de cette hypothèque.

La jurisprudence se prononçait généralement en ce sens ¹.

Toutefois, cette interprétation ne laissait pas d'être dangereuse pour la femme. Si son intervention peut s'expliquer de la sorte, il est possible aussi que la femme n'y ait pas attaché cette signification. N'est-il pas excessif alors de lui prêter une intention qui ne résulte pas nécessairement de son attitude ?

Les rédacteurs de la loi de 1889 l'ont pensé. De là le troisième alinéa complémentaire ajouté par eux à l'article 9 de 1855 : « En l'absence de stipulation expresse, la renonciation
« par la femme à son hypothèque légale ne pourra résulter
« de son concours à l'acte d'aliénation que si elle stipule,
« soit comme covenderesse, soit comme garante ou cau-
« tion du mari. »

Elle agira comme covenderesse en cas d'aliénation d'un immeuble de communauté, comme garante ou caution quand elle s'obligera en faveur de son mari, pour assurer, par exemple, le paiement d'un prix de vente ². Ces actes de coopération témoignent énergiquement du consentement de la femme à affranchir l'immeuble et à se porter garante de cet affranchissement envers l'acquéreur ³.

1. A moins, bien entendu, que l'intervention de la femme ne s'expliquât par un motif d'intérêt personnel : Cass. 4 juin 1854, Sir.1855.I.743, — 30 juin 1856, Sir. 1857.I.260.

La question de savoir si le concours de la femme impliquait de sa part l'intention de renoncer à son hypothèque était appréciée souverainement par les juges du fait. Cass. 6 novembre 1855, D. P. 1855.I.449, Sir. 1856.I.235, — 9 février 1859, D. P. 1859.I.460, Sir. 1860.I.647, — 26 août 1862, D. P. 1862.I.344, Sir. 1862.I.920, — 12 février 1868, D. P. 1868.I.346, Sir. 1868.I.389, — Dijon 17 novembre 1876, D. P. 1878.II.57, Sir. 1877.II.261, — Dijon 4 août 1880, D. P. 1880.II.241, Sir. 1880.II.323, — Cass. 30 juillet 1895, D. P. 1896.I.302.

2. Orléans 21 mars 1894, D. P. 1894.II.529 (note de M. de Loynes), Sir. 1894.II.274, — Cass. 30 juillet 1895, D. P. 1896.I.302.

3. Même dans les cas précités, la femme n'est pas nécessairement considérée comme renonçante. La loi du 13 février 1889 n'a rien d'impératif. La renonciation repose sur une présomption de volonté contre laquelle la femme peut protester expressément ou tacitement, et le juge du fait conserve, en ce qui concerne la participation de la femme au contrat, un pouvoir d'appré-

860. Laissons toutes ces hypothèses, qui mettent en jeu les règles les plus délicates de la pratique hypothécaire. Et résumons les diverses combinaisons usitées de subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées.

Il en existe trois.

1° La subrogation consentie par la femme au profit d'un ou de plusieurs de ses créanciers personnels. Elle assure aux subrogés qu'ils seront payés par préférence sur l'émolement à provenir de l'hypothèque de leur débitrice.

2° La subrogation consentie par la femme au profit d'un ou de plusieurs des créanciers du mari. Elle assure aux subrogés qu'ils seront payés de ce que le mari leur doit au rang d'hypothèque appartenant à la femme.

3° La subrogation consentie par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari. Tantôt elle exonère seulement l'acquéreur du droit de suite ; tantôt elle vaut subrogation au profit de l'acquéreur comme créancier du mari.

861. Reprenons maintenant la définition générale que nous avons donnée en abordant ce sujet¹. Cette définition comprend, avons-nous dit, toutes les combinaisons de subrogation ; le moment est venu de le vérifier.

Ce sont, disions-nous, des conventions par lesquelles la femme abdique, au profit de tiers, l'hypothèque qu'elle a sur les immeubles du mari. La formule s'applique à tous les cas.

La femme abdique son hypothèque tantôt afin que les subrogés l'exercent et en réalisent le bénéfice à leur profit, tantôt seulement pour qu'ils n'aient plus à en subir les suites.

a) Afin qu'ils l'exercent à leur profit. — Cela est vrai : 1° de la subrogation consentie par la femme au profit d'un de ses créanciers personnels (subrogation, cession d'hypothèque), — 2° de la subrogation consentie par elle au profit d'un créancier du mari (cession d'antériorité, cession d'hypothèque), — 3° de la renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, si cette renonciation est translatrice, car elle vaut vraiment subrogation.

ciation souverain. César-Bru, *op. cit.*, p. 64, — Didier, *Etude sur la loi du 13 février 1889*, p. 17, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1069.

1. *Suprà*, n° 831.

b) Afin qu'ils n'aient plus à en subir les suites. — Cela est vrai de la renonciation au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari, quand cette renonciation n'est qu'extinctive, ce qui est la règle.

L'idée est donc bien une malgré les variétés d'application, et quoique les suites des diverses combinaisons soient différentes.

862. Maintenant ces conventions, introduites à l'usage des femmes mariées relativement à leur hypothèque légale, peuvent-elles être faites par un créancier quelconque relativement au privilège ou à l'hypothèque qui lui appartient¹, au profit soit d'un créancier personnel, soit d'un autre créancier du débiteur, soit de l'acquéreur de l'immeuble hypothéqué ?

Pourquoi non ? Il n'existe aucune différence de nature entre l'hypothèque légale de la femme et les autres, mais seulement une différence de cause. Si l'hypothèque légale peut faire l'objet d'une convention de subrogation, de cession d'antériorité, de cession d'hypothèque ou de renonciation en faveur de l'acquéreur de l'immeuble affecté, il n'y a pas de raison pour qu'il en soit autrement de n'importe quelle hypothèque ou de n'importe quel privilège.

Tout ce qu'on peut dire, c'est que ces conventions sont moins fréquentes de la part des autres créanciers hypothécaires que de la part de la femme.

En ce qui concerne les mineurs et interdits, la pratique n'offre guère d'exemple de subrogation dans le bénéfice de leur hypothèque. D'abord, leurs droits contre les tuteurs n'ont pas la régularité des droits et reprises des femmes contre leur mari ; par suite, l'étendue de l'hypothèque légale est ici des plus incertaines : elle garantit le paiement d'un reliquat de comptes. En second lieu, on se représente mal l'hypothèque des mineurs et interdits détournée de sa destination et transformée en moyen de crédit, surtout au profit du tuteur. Cependant, il n'existe pas d'impossibilité légale à opérer une subrogation de cette nature ; seulement la convention devrait, pour être valable, être auto-

1. Voy. *suprà*, n° 822.

risée comme doivent l'être les aliénations d'immeubles ¹, et il est peu probable qu'un tribunal autorise jamais pareille combinaison.

Quant aux autres hypothèques légales, aux hypothèques judiciaires et aux hypothèques conventionnelles, elles garantissent des sommes fixes et sont l'accessoire de créances à échéance plus rapprochée. On les utilise pour assurer le paiement de la dette elle-même, et on les détourne rarement de leur destination. Cependant peu à peu la pratique des subrogations tend à se répandre ; mais elles sont encore beaucoup moins fréquentes que relativement à l'hypothèque légale de la femme.

Troisième question. — *A quel régime légal sont soumises les diverses combinaisons usitées ?*

863. Ce régime légal a trait aux formes de l'acte contenant subrogation, à la capacité requise de la part du subrogeant, enfin à la publicité qui doit être donnée à l'opération.

Le décret-loi de 1852 et plus spécialement les deux lois de 1855 et de 1889 ont réglé ces trois points en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées. Commençons par celle-ci ; nous verrons ensuite quel est le régime applicable aux subrogations consenties par des créanciers privilégiés ou hypothécaires autres que la femme mariée.

I. *Formes de l'acte contenant subrogation.*

864. En ce qui concerne la forme des conventions, la loi de 1855 réunissait sous la dénomination collective de subrogation toutes les combinaisons en usage : subrogation, cession de rang, cession d'hypothèque, renonciation. Elle les soumettait toutes à la même condition de forme ; quelle que fût leur dénomination, toutes devaient être constatées par acte authentique (article 9) ².

¹ Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 505.

² Murlon, *Transcription*, n° 1104. — Flandin, *Transcription*, II, n°s 1555 et 1559. — Verdier, *Transcription*, II, n° 673. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 469. — Bertauld, *op. cit.*, n° 93. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 764. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 412. — Toutefois, il a été jugé qu'avant la loi de 1889 la nécessité d'un acte authentique ne s'im-

Pourquoi ?

Pour les raisons plus ou moins décisives qui expliquent pourquoi l'hypothèque conventionnelle ne peut être établie que par acte authentique (article 2127) ¹. L'acte authentique est exigé dans l'intérêt de la femme, afin qu'elle ne dispose pas de son crédit immobilier, soit en hypothéquant un de ses immeubles, soit en transférant ou en abdiquant l'hypothèque qui lui appartient sur les immeubles du mari, sans l'assistance d'un conseiller compétent et autorisé, le notaire. En outre, l'acte authentique a été exigé — c'était peut-être jadis la considération principale — dans l'intérêt des tiers, afin de leur éviter les surprises pouvant résulter d'actes antichrésiens ; mais cette préoccupation a perdu toute son importance depuis que la subrogation, comme l'hypothèque, ne vaut plus que par l'inscription.

Dire qu'il faut un acte notarié ², c'est dire que la subrogation est un acte solennel et que les formes sont exigées pour l'existence même de l'acte ³. Du reste, la règle est générale ; elle s'applique à toutes les conventions dont les droits d'hypothèque de la femme sont susceptibles ⁴.

865. La loi de 1889 a reproduit la même règle en ce qui concerne la renonciation au profit de l'acquéreur d'un im-

posait qu'à l'égard des cessions ou renonciations translatives, non à l'égard de celles qui sont purement extinctives. Ces dernières ont pu valablement intervenir sous l'empire de la loi de 1855 par acte sous seing privé, et doivent produire leurs effets même après le changement de législation, la loi du 13 février 1889 n'ayant pas d'effet rétroactif. Orléans 21 mars 1894, D. P. 1894.II.529 (note de M. de Loynes), Sir. 1894.II.274.

1. Voy. *suprà*, n° 646.

2. L'acte authentique exigé par la loi doit-il nécessairement être un acte notarié ? D'après certains auteurs, il suffit que cet acte remplisse les conditions exigées par l'article 1317. La subrogation peut résulter, par exemple, d'un procès-verbal de réunion des créanciers, dressé par le juge-commissaire d'une faillite : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1080 ; mais elle ne peut pas résulter d'un acte sous seing privé accompagné d'une acceptation par acte authentique : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 764, note 20, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 112, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 469, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1556 et 1559, — Verdier, *Transcription*, II, n° 673, — Toulouse 29 février 1892, précité.

3. Cass. 22 novembre 1880, D. P. 1881.I.58, Sir. 1881.I.473 (note de M. Bufnoir). — La nullité de la subrogation pour défaut d'authenticité peut être invoquée par les autres créanciers, par les subrogés postérieurs et même par les créanciers chirographaires de la femme. Elle peut l'être également par la femme elle-même. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 763, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1082 ; — Cass. 22 novembre 1880, précité.

4. Trib. de la Seine 28 novembre 1878, *Le Droit* du 18 décembre.

meuble du mari, sans distinguer entre le cas où la renonciation est simplement extinctive et celui où elle opère subrogation ; elle opère subrogation lorsque la femme a autorisé l'acquéreur, soit formellement, soit en concourant à l'acte portant quittance, à payer son prix aux mains du mari ¹. Le second alinéa ajouté en 1889 au texte de 1855 est ainsi conçu : « Dans tous les cas, cette renonciation n'est
« valable et ne produit les effets ci-dessus que si elle est
« contenue dans un acte authentique. »

866. Notons pour terminer que ces dispositions des lois de 1855 et de 1889 ne concernent que les conventions ayant pour objet l'hypothèque même de la femme et introduites par l'usage sous le nom de subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Elles sont étrangères aux subrogations qui seraient consenties soit par la femme créancière recevant paiement d'un tiers, soit par le mari débiteur empruntant à l'effet de payer sa dette, dans les termes des articles 1249 et 1250. Celles-là ne sont soumises qu'aux règles du Code civil ².

En outre, elles sont étrangères aux cessions que la femme ferait de ses créances dans les termes des articles 1689 et suivants, cessions qui entraînent, nous l'avons vu ³, cession de l'hypothèque.

Ces deux opérations restent assujetties aux règles qui leur sont propres d'après le Code civil, et seulement à ces règles. Les qualifications introduites par l'usage prêtent à l'équivoque ; mais il faut s'en défendre. Autre chose est la subrogation du Code civil, qui suppose un paiement effectué, autre chose la subrogation à l'hypothèque, sans paiement ni cession de créance ⁴.

II. *Capacité requise de la part de la femme.*

867. Pour abdiquer son hypothèque, soit en la transférant, soit en y renonçant, la femme doit, conformément au droit commun, être capable en tant que femme mariée.

De là résultent deux conséquences.

1. *Suprà*, p. 280 et 281.

2. *Ibid.*, n° 827.

3. *Ibid.*, n° 825.

4. *Ibid.*, n° 828.

Première conséquence

868. La femme doit être régulièrement autorisée de son mari ou de justice.

Du moins il en est ainsi quand l'opération intervient pendant le mariage¹. A moins que la femme ne soit séparée de corps, car la loi du 6 février 1893 accorde à la femme séparée de corps le plein exercice de sa capacité civile (article 314, rédaction de 1893, alinéa 3)².

Si au contraire la femme consent la subrogation après la dissolution du mariage, avant que ses reprises ne soient liquidées, aucune autorisation soit du mari, soit de justice n'est plus nécessaire.

Seconde conséquence

869. Il faut que le régime matrimonial ne mette pas obstacle à l'abdication de l'hypothèque par la femme. Le décret-loi de 1852 et la loi de 1855 contiennent à cet égard une disposition importante.

L'article 9 de la loi de 1855 ne reconnaît pas d'une façon générale à la femme mariée le droit de consentir des subrogations. Il dit : « Dans les cas où les femmes peuvent « céder leur hypothèque légale ou y renoncer ». Quels sont ces cas ?

L'article 20 du décret de 1852, à propos des subrogations consenties au profit du Crédit foncier par la femme de l'emprunteur, est plus explicite. Il porte : « la femme peut, si « elle n'est pas mariée sous le régime dotal.... ».

Au fond, ces deux textes ont le même sens, à cette différence près que le décret de 1852 résout, dans le cas auquel il a spécialement trait, la question que la loi de 1855 se contente de réserver. En disant « dans les cas où... », l'article 9 a simplement voulu dire : « réserve faite du point de savoir « si elle le peut toujours ou s'il y a des cas dans lesquels « elle ne le peut pas » ; c'est un point sur lequel les travaux préparatoires ne laissent aucun doute.

1. Aubry et Rau, 3^e édition, III, p. 413. — Mérignac, *op. cit.*, n° 95. — Certains auteurs exigent en outre que la femme soit majeure, l'opération étant trop grave pour ne pas excéder la capacité de la femme mineure émancipée par le mariage. *Sic*, Mérignac, *op. cit.*, n° 27. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1042. — *Contrà* : trib. d'Angoulême 13 janvier 1885, *Le Droit* du 3 février 1885.

2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 99.

Pendant longtemps, la question a été débattue de savoir si la femme peut, sous le régime dotal, consentir des subrogations à son hypothèque. La jurisprudence s'est fixée de bonne heure dans le sens de la négative, et la doctrine est généralement conforme ¹.

Pour ceux qui admettent, avec la jurisprudence, que la dot mobilière est inaliénable et que la femme ne peut la compromettre même avec le consentement du mari, le doute n'est pas possible. En effet, lorsque la femme subroge un tiers dans le bénéfice de son hypothèque légale, elle se dépouille, au moins éventuellement et pour le cas où le subrogé utiliserait l'hypothèque ; de même qu'en hypothéquant un immeuble on l'aliène éventuellement pour le cas où le créancier se servirait de l'hypothèque. Par conséquent la femme, en consentant une subrogation, compromettrait ses reprises, ce qui lui est interdit ².

Pour ceux qui persistent à contester l'inaliénabilité de la dot mobilière, la question peut être douteuse. Il en est cependant qui admettent la même solution ³. En effet, l'hypothèque est un droit réel immobilier. Or, aux termes de l'article 1554, « les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés pendant le mariage ni par le mari, ni par la femme, ni par les deux conjointement ». La femme ne peut donc pas disposer de son hypothèque.

La solution contraire ne s'impose que pour ceux qui ad-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 751. — Mérignhac, *op. cit.*, n° 27 ; — Cass. 14 novembre 1866, D. P. 1867.I.58, Sir. 1867.I.21, — 6 décembre 1882, D. P. 1883.I.219, Sir. 1884.I.27, — Montpellier 4 août 1890, D. P. 1891.II.234, Sir. 1896.I.318 (sous Cass. 8 janvier 1894).

Même séparée de biens, la femme dotale ne peut pas subroger à son hypothèque au détriment de ses reprises. Cass. 27 avril 1880, D. P. 1880.I.431, Sir. 1880.I.360, — 27 mars 1893, Sir. 1895.I.34.

2. Nîmes 11 janvier 1882, Sir. 1882.II.137.

3. *Sic*, Troplong, *Contrat de mariage*, IV, n° 3265. — A moins qu'on ne se trouve dans l'un des cas où la femme peut aliéner ou hypothéquer l'immeuble dotal (articles 1555 et suivants). Voy. Guillouard, *Contrat de mariage*, IV, n° 2004, — Mérignhac, *op. cit.*, n° 29 ; — Cass. 24 octobre 1892, D. P. 1892.I.620, — 3 mars 1896, Sir. 1896.I.451.

Que décider si la dot a été déclarée aliénable par une clause du contrat ? D'après la jurisprudence la plus récente, les clauses autorisant l'aliénation de la dot doivent s'interpréter restrictivement et ne permettent pas à la femme de disposer de l'hypothèque légale. Cass. 4 juin et 2 juillet 1866, D. P. 1866.I.321, Sir. 1866.I.281 et 315, — 17 décembre 1866, D. P. 1867.I.24, Sir. 1867.I.114, — 7 avril 1868, Sir. 1868.I.270, — Lyon 3 février 1883, D. P. 1883.II.142, Sir. 1885.II.154.

mettent concurremment : 1° que la dot mobilière est aliénable, — 2° que l'hypothèque, tout en étant un droit réel, n'est qu'un droit réel mobilier. Quelques interprètes restent attachés à cette thèse ¹, mais elle ne trouve plus écho devant les tribunaux.

De sorte que les diverses subrogations sont possibles sous tous les régimes, sauf le régime dotal ², et sauf introduction dans les autres de l'inaliénabilité dotale ³.

870. Pour ne pas exagérer la portée pratique de cette idée, il faut ajouter deux observations.

1° Après la dissolution du mariage, il n'appartient qu'à la femme ou à ses héritiers de faire révoquer les actes constituant une aliénation prohibée de la dot ⁴. Pendant le mariage, le mari, qui a l'exercice des actions dotales, peut intenter l'action en révocation ; mais, après la dissolution de l'union conjugale, la femme seule ou ses héritiers sont investis de ce droit. D'où il résulte qu'en fin de compte et même sous le régime dotal la subrogation indûment consentie peut produire néanmoins son effet ⁵.

2° Si la femme ne peut pas renoncer directement à son hypothèque, elle peut indirectement arriver au même résultat, soit en consentant à la radiation de cette hypothèque dans les termes et sous les conditions de l'article 2144, soit en laissant purger contre elle sans surenchérir.

1. *Suprà*, tome I, p. 240.

2. Il va sans dire que le contrat de mariage pourrait conférer à la femme dotale le droit de renoncer à son hypothèque. — Lyon 9 août 1867 et Cass. 2 février 1870, D. P. 1870. I. 385, Sir. 1870. I. 284, — trib. de Saint-Lô 7 février 1890, D. P. 1892. II. 59, — Cass. 27 février 1894, D. P. 1894. I. 295, Sir. 1894. I. 347.

3. La femme commune qui stipule, dans son contrat, soit l'obligation d'employer le prix de ses immeubles aliénés, soit la faculté de reprendre en cas de renonciation ses apports francs et quittes, ne se soumet pas pour cela au régime dotal et conserve le droit de subroger des tiers à son hypothèque légale.

Voy. sur la première clause : Guillouard, *Contrat de mariage*, I, n° 90 — II, n° 306, — Mérignhac, *op. cit.*, n° 34, — Cass. 6 novembre 1854, D. P. 1854. I. 439, Sir. 1854. I. 712, — 8 juin 1858, D. P. 1858. I. 233, Sir. 1858. I. 417.

Voy. sur la seconde clause : Mérignhac, *op. cit.*, n° 33, — Cass. 13 août 1860, D. P. 1861. I. 263, Sir. 1861. I. 154, — 29 janvier 1866, D. P. 1866. I. 276, Sir. 1866. I. 141, — 21 décembre 1869, D. P. 1870. I. 52, Sir. 1870. I. 437, — 2 décembre 1872, D. P. 1872. I. 398, Sir. 1872. I. 437, — 14 juillet 1879, D. P. 1880. I. 328, Sir. 1880. I. 448, — Riom 24 juillet 1886, D. P. 1887. II. 252.

4. Cass. 13 avril 1893, D. P. 1894. I. 407, Sir. 1895. I. 218.

5. Les tiers auxquels cet acte porterait préjudice ne peuvent en invoquer la nullité, s'il paraît que la femme l'a ratifié après la dissolution du mariage : Cass. 13 avril 1893, cité à la note précédente.

III. *Publicité qui doit être donnée à l'opération.*

871. Ici le régime n'est plus uniforme. Il se diversifie, et nous allons retrouver la loi de 1889.

Ne parlons pour le moment que de celle de 1855.

872. La pratique des subrogations, avant la loi de 1855, avait donné naissance à un abus grave.

De quelque subrogation qu'il s'agisse — cession d'antériorité, cession d'hypothèque, renonciation — la femme ne transmet ses droits hypothécaires que dans la mesure où ils lui appartiennent et où elle pourrait les exercer elle-même. Or ils ne lui appartiennent que dans la mesure de ses créances contre le mari. D'un autre côté, chacun des subrogés n'est substitué à la femme que dans les limites de ce qui lui est dû à lui-même, dans la mesure de sa créance.

D'où cette double conséquence : 1° la femme, tout en subrogeant des tiers dans le bénéfice de son hypothèque, la conserve virtuellement, dans la mesure où le subrogé n'en usera pas, — 2° par suite, la femme peut subroger successivement plusieurs personnes, chaque subrogé acquérant le bénéfice de l'hypothèque sous déduction de ce qui est déjà absorbé par les subrogés antérieurs.

Dès lors, il importe à tout subrogé de savoir si d'autres subrogations n'ont pas été antérieurement consenties ; de là dépend l'efficacité du droit acquis. De même qu'au cas de constitution d'une hypothèque sur un immeuble il importe de savoir si des hypothèques ont été antérieurement constituées sur le même immeuble.

Sous l'empire du Code civil, alors que l'hypothèque légale de la femme bénéficiait d'une dispense complète d'inscription¹, la subrogation dans le bénéfice de cette hypothèque restait elle-même occulte², ce qui avait le double inconvénient d'exposer les tiers à n'acquiescer qu'un droit déjà épuisé par des subrogations antérieures, et de paralyser le crédit de la femme par l'incertitude de la sûreté offerte.

873. La loi de 1855, dans l'intérêt de la femme et surtout des tiers, a soumis les subrogations à la publicité, de même

1. *Suprà*, p. 193 et suiv.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 758 ; — Amiens 11 mars 1854 et Cass. 8 août 1854, D. 1854.I.337, Sir. 1854.I.524, — Cass. 13 novembre 1854, D. P. 1855.I.113, Sir. 1855.I.193, — Metz 22 janvier 1856, D. 1856.II.152, Sir. 1856.II.395.

que le Code civil y soumet les hypothèques conventionnelles : les cessionnaires, dit l'article 9, ne « sont saisis à l'égard des tiers que par l'inscription de cette hypothèque prise à leur profit, ou par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante ». L'alinéa 2 déduit la conséquence : « Les dates des inscriptions ou mentions déterminent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu des cessions ou renonciations exercent les droits hypothécaires de la femme. »

Dès lors, chaque subrogé à l'hypothèque légale peut savoir ce qui est déjà absorbé par les subrogations antérieures. Les tiers ne sont pas exposés ; le crédit de la femme devient plus sûr et par là même plus grand.

874. Quant au procédé matériel de publicité, l'article 9 distingue nettement deux situations.

Première situation

875. Si l'hypothèque de la femme a été antérieurement inscrite, soit par la femme, soit par ceux que la loi charge de l'inscrire¹, en un mot par la femme ou en son nom, les cessionnaires ou subrogés n'ont pas à l'inscrire, puisqu'elle l'est déjà. Mais ils ont à rendre publique la cession qui leur en a été faite, ou la subrogation consentie à leur profit. Ils ne sont saisis à l'égard des tiers des droits résultant de l'opération que par la mention de la subrogation en marge de l'inscription préexistante. Ces mentions en marge sont comme des inscriptions prises sur l'hypothèque de la femme, tant il est vrai que la subrogation ressemble à tous égards à une hypothèque².

Si donc il y a plusieurs cessionnaires ou plusieurs subrogés successifs, la priorité entre eux résulte non pas des dates des cessions ou subrogations, mais de l'ordre des mentions. Les mentions en marge sont à l'hypothèque inscrite ce que sont les inscriptions sur un immeuble ; elles détermi-

1. *Suprà*, p. 209.

2. La mention en marge, étant l'accessoire de l'inscription à laquelle elle se réfère, suit le sort de celle-ci. Elle ne peut être valable que si l'inscription est elle-même régulière ; elle cesse de produire ses effets du moment où l'inscription est atteinte par la péremption. Comme elle n'est pas une inscription nouvelle, la mention ne saurait équivaloir à un renouvellement. — Paris 30 novembre 1861. Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 581.

nent le rang des cessionnaires, comme les inscriptions celui des créanciers hypothécaires. Un cessionnaire n'a plus à craindre qu'un cessionnaire ultérieur, inconnu de lui, vienne le primer. Aussi les mentions doivent elles contenir les mêmes énonciations qu'une inscription ¹.

Seconde situation

876. Si l'hypothèque de la femme n'est point inscrite au moment de la cession ou de la subrogation, les subrogés peuvent et doivent la faire inscrire à leur profit. Et cela dans un double but : 1^o pour conserver cette hypothèque elle-même quant à eux, — 2^o pour assurer l'efficacité à leur profit de la subrogation consentie.

Ils le peuvent. En effet, d'une part ils ne font ainsi qu'user du droit commun de l'article 1166, d'autre part l'article 775 du Code de procédure les y autorise formellement.

Ils le doivent. En effet, aux termes de l'article 9 de la loi de 1855, ils ne sont saisis à l'égard des tiers ² que par l'inscription prise à leur profit ³.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 767. — Pour d'autres auteurs, il est inutile qu'elles contiennent les énonciations exigées pour la validité de l'inscription, mais il est indispensable qu'elles fournissent toutes les indications nécessaires pour faire connaître la subrogation aux tiers. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1094.

2. Par tiers il faut entendre ici : 1^o les subrogés postérieurs à l'hypothèque légale de la femme, — 2^o les créanciers hypothécaires non subrogés, — 3^o les créanciers chirographaires. Les uns et les autres peuvent opposer le défaut de publicité de la subrogation au subrogé qui ne s'est pas conformé à l'article 9 de la loi de 1855.

C'est à tort que certains auteurs (Bertauld, *op. cit.*, n^o 95, — Mourlon, *Transcription*, II, n^o 1103) ont contesté la qualité de tiers aux créanciers chirographaires. On doit ranger sous la dénomination de tiers, au point de vue du texte qui nous occupe, tous ceux qui pourraient, en matière de cession de créances, se prévaloir du défaut de signification ou d'acceptation dans un acte authentique (Cass. 18 décembre 1878, D. P. 1879.II.241, Sir. 1879.II.297), ou, si l'on préfère la formule proposée par M. Lyon-Caen en note dans Sirey sous cet arrêt, tous ceux qui peuvent se prévaloir contre les créanciers hypothécaires du défaut d'inscription en vertu de l'article 2134.

3. Si la convention renferme à la fois constitution d'hypothèque, conventionnelle et subrogation à l'hypothèque légale de la femme, le créancier devra requérir double inscription. Il ne suffirait pas de mentionner l'hypothèque légale en marge de l'inscription prise pour l'hypothèque conventionnelle, car cette mention ne réunirait pas les indications exigées pour la publicité de l'hypothèque légale. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 766, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1093 ; — Cass. 4 février 1856, D. P. 1856.I.61, Sir. 1856.I.225, — Paris 27 février 1857,

Ils le peuvent et le doivent dans les conditions où la femme le peut elle-même, car ils sont subrogés à ses droits. Tant qu'elle est dans le délai pendant lequel elle peut s'inscrire utilement, ils peuvent, puisqu'ils sont ses ayants-cause, s'inscrire utilement eux aussi¹. Par conséquent, en cas de dissolution du mariage, s'ils ne s'inscrivent qu'après l'année, ils n'auront rang qu'à la date de l'inscription, comme la femme elle-même².

S'ils sont plusieurs, c'est l'ordre des inscriptions par eux prises qui règle le rang. Celui qui s'inscrit le premier vient le premier³.

877. Cette inscription, ainsi que le dit l'article 9, les créanciers la prennent « à leur profit », afin de s'assurer l'effet de la subrogation consentie. Aussi ne profite-t-elle ni à la femme, ni à ses héritiers, qui n'en restent pas moins soumis, en cas de purge, de saisie, d'expropriation ou de dissolution du mariage, à prendre eux-mêmes inscription⁴.

Elle ne profite pas davantage aux autres créanciers subrogés, s'il y en a. Ils ne pourraient pas, pour la conservation de leurs droits, se contenter de faire mentionner la subrogation en marge de cette inscription⁵.

Elle est prise par le créancier subrogé, mais seulement dans la mesure de ses droits et de ses intérêts, à son profit, comme dit l'article 9. Pour qu'une inscription conserve l'hypothèque légale de la femme d'une façon générale, de telle

D. P. 1858.II.22, Sir. 1857.II.283, — Douai 8 juillet 1858 et Cass. 1^{er} juin 1859, D. P. 1860.I.381, Sir. 1861.I.223.

Mais cette double réquisition peut être faite par un seul et même bordereau. Aubry et Rau, *loc. cit.*, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 781, — Mérignhac, *op. cit.*, nos 52 et 53 ; — Orléans 20 février 1857, D. P. 1857.II.135, Sir. 1857.II.200, — Dijon 13 juillet 1858, D. P. 1858. V.196, Sir. 1859.II.366, — Cass. 9 décembre 1872, D. P. 1873.I.339, Sir. 1873.I.146.

1. Riom 3 juin 1884 et Cass. 6 juin 1887, D. P. 1888.I.33, Sir. 1889.I.17 (note de M. Chavegrin), — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1095.

2. *Suprà*, p. 197.

3. Bordeaux 18 novembre 1890, D. P. 1894.II.569, — Cass. 11 juin 1894, D. P. 1896.I.537 (note de M. de Loynes), — 11 juillet 1894, D. P. 1896.I.113 (note de M. de Loynes).

4. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 769, — Bertauld, *op. cit.* nos 24 et 101, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 800, — Mérignhac, *op. cit.*, n° 57. — Cass. 5 février 1861, D. P. 1861.I.65, Sir. 1861.I.209, — 21 juillet 1863 D. P. 1863.I.339, Sir. 1863.I.493, — Dijon 2 janvier 1865, D. P. 1865.II.55, — Cass. 1^{er} mai 1866, D. P. 1866.I.293, Sir. 1866.I.187.

5. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 769. — Cass. 1^{er} juin 1859, D. P. 1860.I.381, Sir. 1861.I.223, — 1^{er} mai 1866, D. P. 1866.I.293, Sir. 1866.I.187.

sorte que les subrogés n'aient plus qu'à faire mentionner les subrogations en marge, il faut qu'elle ait été prise par la femme elle-même ou en son nom¹.

878. En définitive, tout le système de l'inscription a été transporté, par une application nouvelle, aux subrogations à l'hypothèque légale. Les subrogés s'inscrivent sur l'hypothèque légale de la femme, par mention en marge ou par inscription, comme un créancier hypothécaire s'inscrit sur un immeuble.

La jurisprudence a déduit de là trois conséquences.

1^o Les réquisitions faites par les subrogés doivent l'être de la même manière et dans la même forme que les réquisitions ordinaires d'inscriptions émanant de créanciers hypothécaires. L'article 2148 est applicable dans les deux cas².

2^o L'article 2151, relatif à l'effet de l'inscription quant aux intérêts de la créance, est applicable aux mentions effectuées et aux inscriptions prises à la requête des subrogés³. Ce point est douteux, en apparence au moins. L'hypothèque légale de la femme garantit, au même rang que le capital, tous les intérêts à courir; elle n'est pas restreinte dans les limites de l'article 2151⁴; le subrogé, substitué à la femme, a les mêmes droits qu'elle. Il est vrai. Mais ce n'est pas l'hypothèque de la femme que le subrogé inscrit; c'est la partie de cette hypothèque qu'il a acquise, ou, plus exactement, c'est l'hypothèque qu'il a acquise sur l'hypothèque de la femme; or cette inscription ne saurait produire des effets plus étendus qu'une inscription ordinaire⁵.

3^o L'article 2154, lui aussi, est applicable⁶. Mentions et

1. Les juges du fond ont un pouvoir souverain pour décider, d'après les termes de la réquisition, quelle est la personne dans l'intérêt de laquelle l'inscription a été prise. Cass. 25 février 1862, D. P. 1862.II.240, Sir. 1862.II.356, — 3 juillet 1866, D. P. 1866.I.289, Sir. 1866.I.187.

2. Mais l'indication de la nature et de la situation des biens grevés n'est pas requise quand la subrogation est générale et frappe, comme l'hypothèque elle-même, tous les immeubles du mari. Il a même été jugé que, dans ce cas, l'indication de quelques-uns des biens du mari n'a pas pour effet de restreindre le droit du créancier, si d'ailleurs la spécialisation n'a pas le caractère limitatif: Dijon 24 février 1869, D. P. 1874.II.19, — Paris 9 décembre 1890, D. P. 1891.II.368.

3. *Suprà*, p. 243 et suiv.

4. *Ibid.*, p. 250.

5. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1742; — Cass. 17 novembre 1879, D. P. 1880. I. 380, Sir. 1881. I. 165, — 27 janvier 1885, D. P. 1885. I. 373, Sir. 1886. I. 409.

6. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 628, texte et note 42, — Mérygnac,

inscriptions sont atteintes par la péremption décennale et soumises, par suite, au renouvellement¹.

En d'autres termes, ces inscriptions ou mentions sont des sous-inscriptions, comme les subrogations sont des sous-hypothèques.

879. Maintenant, quand ce système est-il applicable ?

Il n'est pas applicable aux subrogations proprement dites, consenties soit par la femme aux tiers qui la paient, soit par le mari aux tiers qui lui prêtent les fonds nécessaires dans les conditions prévues par les articles 1249 et 1250². Aucune disposition des lois de 1855 et de 1889 n'est, d'ailleurs, applicable à ces hypothèses.

Le système n'est pas applicable non plus aux cessions de créances, dans les termes de l'article 1689³.

A tous égards, ces deux actes restent exclusivement soumis aux dispositions du Code civil qui les concernent.

Le système n'est applicable qu'aux conventions dans lesquelles l'hypothèque, sans aliénation de la créance ni paiement, devient l'objet principal de la convention⁴.

Est-il applicable à toutes les subrogations, au sens que l'usage a donné à ce mot, en l'appliquant spécialement aux opérations relatives à l'hypothèque légale de la femme ? Non. Sous ce rapport, la loi de 1889 a innové. Il est un cas de subrogation qui échappe à l'article 9 de la loi de 1855 : c'est un des cas de subrogation résultant de la renonciation faite par la femme au profit de l'acquéreur d'un immeuble du mari⁵.

En principe, la renonciation est extinctive ; le tiers acquéreur s'en assure le bénéfice, en d'autres termes s'affranchit du droit de suite par la seule transcription de son titre (premier alinéa ajouté par la loi de 1889 à l'article 9 de 1855). Elle est translative si la femme, alors qu'il existe des créanciers hypothécaires postérieurs, a autorisé l'acheteur à payer son prix entre les mains du mari, soit formellement, soit en concourant à l'acte portant quittance. Or, quand la

op. cit., n° 59 ; — Caen 18 décembre 1878, D. P. 1879.II,241, Sir. 1879.II, 297 (note de M. Lyon-Caen).

1. *Suprà*, p. 231 et suiv.

2. *Ibid.*, n° 827.

3. *Ibid.*, n° 825.

4. *Ibid.*, n° 828.

5. *Ibid.*, nos 856 et 857.

renonciation à ce caractère, le subrogé peut invoquer la subrogation sur l'immeuble aliéné sans avoir besoin de s'inscrire; la transcription de son titre prévient suffisamment les tiers.

Cette manière de voir paraît résulter du texte. Elle est admise par plusieurs de ceux qui ont écrit sur la loi de 1889¹, mais non pas tous. Il en est qui pensent que la renonciation, toutes les fois qu'elle vaut subrogation, est soumise à l'ancien article 9 de la loi de 1855². La loi de 1889 date de quelques années à peine; il ne s'agit que du sens littéral des termes, et on est en désaccord.

880. Telles sont, quant aux formes, à la capacité du subrogeant et à la publicité, les règles applicables aux subrogations, cessions ou renonciations consenties par la femme mariée.

881. Maintenant, à quel régime sont soumises ces mêmes conventions quand elles sont faites non plus par la femme à propos de son hypothèque légale, mais par d'autres créanciers privilégiés ou hypothécaires?

En l'absence de toute règle spéciale, soit quant à la forme de l'acte, soit quant à la capacité requise, le droit commun des conventions reste seul applicable. Relativement à la publicité, il est certain que les lois de 1855 et de 1889 sont inapplicables; elles ont exclusivement trait aux subrogations à l'hypothèque légale des femmes mariées³.

882. D'où vient cette différence? Pourquoi, si l'on a cru nécessaire de réglementer spécialement la subrogation à l'hypothèque légale des femmes dans l'intérêt des tiers, n'a-t-on pas réglementé aussi les subrogations consenties par d'autres créanciers privilégiés ou hypothécaires? Les intérêts engagés sont les mêmes; les risques auxquels ces intérêts sont exposés sont identiques.

On ne peut alléguer qu'une seule raison, et elle est loin d'être décisive: c'est que ces dernières subrogations sont

1. Voy. notamment Bressolles, *op. laud.*, p. 33 et 34.

2. En ce sens, Vigié, *Cours élémentaire de droit civil*, III, n° 1551, — Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 6^e édition, n° 1538.

3. Voy. sur ce point, Vigié, *loc. cit.*, n° 1547; — cpr. Cass. 21 mai 1889, D. P. 1889.1.367, Sir. 1889.1.357.

beaucoup moins fréquentes dans l'usage et que, par suite, les dangers qu'elles peuvent présenter sont moindres.

Cette raison n'est pas concluante. La preuve en est que la pratique offre des exemples de subrogations à propos des privilèges, notamment du privilège du vendeur, et à propos des hypothèques conventionnelles. Ces subrogations sont consenties par besoin de crédit ; quoiqu'elles soient moins fréquentes que les subrogations à l'hypothèque légale, les intérêts qu'elles mettent en péril, quand elles interviennent, sont au même degré dignes de protection. Les lois, en cette matière comme malheureusement en bien d'autres, ont été faites au jour le jour, en vue de cas particuliers, en vue des hypothèses les plus urgentes, et sans idée d'ensemble. Tôt ou tard il sera nécessaire d'étendre les lois de 1855 et de 1889, d'arriver à un système applicable aux subrogations en général, sans distinction. Jusqu'à là, nous n'aurons qu'un régime boiteux.

883. Dans l'état des textes, les intérêts des tiers sont toujours en péril. Quand un créancier privilégié ou hypothécaire propose de consentir une subrogation à un tiers, celui-ci peut toujours redouter qu'on lui laisse ignorer l'existence de subrogations antérieures, qui peut-être épuisent le privilège ou l'hypothèque. Cette crainte de subrogations antérieures met obstacle à ce que la pratique des subrogations se développe aussi largement qu'elle l'a fait à propos de l'hypothèque légale des femmes.

On pourrait soutenir que les subrogés invoquant la même sûreté seront payés en concurrence. Cela atténuerait le mal, sans l'écarter.

Mais cette manière de voir n'a pas prévalu. On colloque les subrogés dans l'ordre des cessions ou subrogations¹, comme on colloquait, avant 1855, les subrogés à l'hypothèque légale d'une femme mariée².

Il y a là, dans la pratique hypothécaire, une matière où subsistent tous les inconvénients qui résultent du caractère

1. Cass. 26 mars 1888, *Revue du notariat*, année 1888, n° 7832, p. 371.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 758 ; — Cass. 24 janvier 1838, Sir. 1838.I.97, — Paris 18 mars 1848, Sir. 1848.II.307, — 30 juin 1853, D. P. 1855.II.356, — Cass. 13 novembre 1854, D. P. 1855.I.113, Sir. 1855.I.193, — 4 février 1856, D. P. 1856.I.619, — Metz 22 janvier 1856, D. P. 1856.II.132, Sir. 1856.II.395.

occulte des droits acquis sur des immeubles. Aussi ces combinaisons demandent une grande prudence de la part de ceux qui y recourent¹.

1. Dans les développements qui viennent d'être présentés sur le caractère particulier des diverses opérations désignées sous le nom générique de « subrogation à l'hypothèque » et sur le régime légal auquel ces diverses opérations sont soumises, nous avons toujours pris comme principe la distinction fondamentale entre ces opérations et les autres opérations auxquelles un créancier privilégié ou hypothécaire peut avoir recours pour utiliser sa créance comme moyen de crédit : cession de créance, mise en gage, subrogation accompagnée de paiement (*suprà*, nos 824 et suiv.). — Or on sait que cette distinction fondamentale ne s'est pas dégagée sans peine, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence (*suprà*, n° 829, note 1). Les hésitations qui se sont produites ont fait naître des divergences sur plusieurs solutions que nous avons admises. Voy. pour les détails Ch. Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèque et des sous-ordres*, p. 47 et suiv.

SECTION III

Des privilèges sur les immeubles et des hypothèques au point de vue du droit de suite.

884. Au point où nous en sommes de nos études sur le régime hypothécaire, l'enchaînement des diverses parties apparaît d'une façon très nette.

Nous avons traité des privilèges sur immeubles, puis des hypothèques au point de vue du droit de préférence, c'est-à-dire en ce qui concerne le classement des créanciers à l'ordre¹.

Il reste, pour compléter le sujet, à envisager concurremment les privilèges sur immeubles et les hypothèques au point de vue du second élément qui leur est commun : le droit de suite.

Nous allons donc traiter du droit de suite en matière de privilèges sur immeubles et d'hypothèques. C'est l'objet du chapitre VI, au titre *Des privilèges et hypothèques* (articles 2166 et suivants) ; il est intitulé : *De l'effet des privilèges et hypothèques contre les tiers détenteurs*.

885. Sur ce droit de suite, élément commun des privilèges sur immeubles et des hypothèques, nous possédons déjà trois notions qui, tenant aux principes mêmes du régime hypothécaire, devaient être énoncées dès le début.

1^o Nous savons ce qu'est le droit de suite². C'est la faculté pour le créancier privilégié ou hypothécaire de saisir et faire vendre aux enchères, pour se payer sur le prix, l'immeuble affecté à sa sûreté, même quand cet immeuble n'est plus aux mains du débiteur, quand il est aux mains d'un tiers détenteur. Dans ce dernier cas, le débiteur reste tenu de la dette personnellement, le tiers détenteur en est tenu hypothécairement ; l'un et l'autre peuvent être poursuivis, mais par des actions différentes : le débiteur par l'action person-

1. *Suprà*, p. 4 et suiv., — p. 81 et suiv.

2. *Suprà*, tome I, n^o 22, — n^{os} 261 et suiv.

nelle dérivant de la créance, le tiers détenteur par l'action réelle dérivant de l'hypothèque. « Si le tiers détenteur, dit « l'article 2167, ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par « l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à « toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire. »

Ce que l'on nomme droit de suite est donc le droit de saisir sur le tiers détenteur, ou de requérir la mise aux enchères, si bien que toutes ces expressions sont indifféremment employées l'une pour l'autre.

L'article 2144 alinéa 3 vise le droit de suite dans la définition même de l'hypothèque : « Elle les suit dans quelques mains qu'ils passent. »

L'article 2169 le vise aussi, mais en termes différents. Il y voit le droit de saisie : « Faute par le tiers détenteur de « satisfaire..., chaque créancier hypothécaire a le droit de « faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué... »

L'article 2185 le vise également. Il voit dans le droit de suite le droit de requérir la mise aux enchères : « Tout « créancier dont le titre est inscrit peut requérir la mise de « l'immeuble aux enchères et adjudications publiques... »

Suivre l'immeuble, le saisir sur le tiers détenteur, en requérir la mise aux enchères, c'est toujours exercer un seul et même droit : le droit de suite.

De tous les articles qui ont trait au droit de suite, l'article 2166 est celui qui en donne l'idée la plus nette : « Les « créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un « immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe pour « être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances « ou inscriptions. »

2° Nous savons pourquoi le droit de suite constitue une sûreté spéciale pour le créancier, comment il le soustrait à des risques auxquels le créancier chirographaire reste exposé ¹. Celui-ci n'a de droits que contre la personne du débiteur ; il n'a qu'un droit personnel. Si on lui reconnaît un droit de gage général sur les biens, ce gage est fragile, car il s'évanouit dès que les biens sortent des mains du débiteur ². Le créancier privilégié ou hypothécaire, au con-

1. *Suprà*, tome I, n° 22, — nos 261 et suiv.

2. *Ibid.*, n° 30.

traire, a un droit sur le bien qui lui est affecté, droit qui survit à l'aliénation, le met à l'abri des variations qui s'opèrent dans le patrimoine du débiteur, et le soustrait par conséquent à un risque auquel le créancier chirographaire est exposé. Cela constitue bien une sûreté spéciale.

3^o Enfin nous savons d'où le droit de suite dérive théoriquement ¹. S'il est inhérent aux privilèges sur immeubles et aux hypothèques, cela tient à ce que le privilège et l'hypothèque sont des droits réels, et il est de la nature des droits réels régulièrement acquis d'être opposables aux tiers comme à ceux qui les ont constitués, de valoir *erga omnes*.

Aussi le droit de suite est un élément naturel des sûretés réelles immobilières. Il est l'auxiliaire indispensable du droit de préférence. Il permet au créancier de suivre son gage en quelques mains qu'il passe, pour le réaliser et se faire payer sur le prix.

Bien des fois déjà nous avons énoncé et rappelé ces idées.

886. Passant à la réglementation du droit de suite — et c'est le seul point qui nous reste à étudier — nous allons rechercher : 1^o dans quelle forme il s'exerce, — 2^o sous quelles conditions le créancier peut s'en prévaloir, — 3^o comment le tiers détenteur peut se soustraire aux conséquences qu'il entraîne.

§ 1. — Dans quelle forme s'exerce le droit de suite.

887. Au point de vue du mode d'exercice, le droit de suite se présente, selon les cas, sous deux formes : 1^o sous la forme de la saisie, d'une poursuite directe contre le tiers détenteur, — 2^o sous la forme de la surenchère.

I. — La saisie.

888. Le créancier peut poursuivre l'expropriation de l'immeuble contre le tiers détenteur, comme il aurait pu le faire contre le débiteur originaire.

Toutefois, au point de vue de la procédure, son droit est subordonné à des conditions spéciales, qui sont exigées par les articles 2169 et 2183.

1. *Suprà*, tome I, nos 261 et suiv.

Le créancier qui veut saisir sur le tiers détenteur doit accomplir préalablement deux actes ¹.

889. En premier lieu, le créancier doit s'adresser au débiteur, à celui qui est personnellement tenu de la dette, et lui faire commandement de payer. La plupart du temps, le débiteur n'est autre que l'aliénateur. Mais il n'en est pas toujours ainsi; celui qui a aliéné l'immeuble pouvait le tenir du débiteur, être déjà lui-même un premier tiers détenteur; et il peut arriver aussi qu'une personne hypothèque son immeuble à la dette d'autrui ².

Le commandement est le préalable ordinaire et nécessaire de toute exécution sur les biens, spécialement de la saisie immobilière (article 674, C. proc. civ.). Il doit, dès lors, précéder la saisie sur le tiers (article 2169).

D'ailleurs, il faut bien prévenir le débiteur de ce qui va advenir. Car il a souvent intérêt à payer. S'il ne paie pas et que le tiers détenteur soit évincé par l'action hypothécaire, le débiteur est exposé à un recours, puisque le tiers détenteur aura payé pour autrui. Ce recours s'exerce sous forme d'action en garantie toutes les fois que le tiers détenteur a acquis l'immeuble à un titre lui donnant droit à la garantie, c'est-à-dire par vente, échange, donation à titre de constitution de dot. Ce recours a pour conséquence d'augmenter la charge pesant sur le débiteur.

Donc il faut un commandement signifié au débiteur originaire.

890. Ce commandement n'est possible qu'à deux conditions. D'abord, il faut que la créance soit exigible. De plus, il faut que le créancier soit muni d'un titre exécutoire (articles 2169 *in fine* C. civ. et 551 C. proc. civ.).

S'agit-il d'un créancier à hypothèque judiciaire, la loi, en exigeant un titre exécutoire, n'ajoute rien à ce que la situation implique par elle-même. En effet, le jugement qui sert de titre au créancier est un titre exécutoire.

Il en est de même s'il s'agit d'un créancier à hypothèque conventionnelle. En effet, l'article 2127 subordonne la constitution de l'hypothèque conventionnelle à la rédaction d'un acte authentique.

1. Voy. sur ces formalités préliminaires Garsonnet, *Traité élémentaire des voies d'exécution*, 3^e édition, p. 164 et suiv.

2. *Suprà*, p. 123.

Mais s'il s'agit de privilèges ou d'hypothèques légales, la nécessité d'un titre exécutoire a de l'importance, car le droit du créancier peut résulter d'un acte non exécutoire. Par exemple, c'est un légataire qui agit en vertu d'un testament olographe, ou bien un mineur, un interdit, une femme mariée, qui se prévalent de leurs droits contre le tuteur ou le mari. Dans ces divers cas, le créancier ne peut poursuivre qu'après s'être procuré un titre exécutoire.

891. En second lieu, le créancier doit faire une sommation au tiers détenteur : sommation « de payer la dette... ou de « délaisser l'héritage », dit l'article 2169.

On a souvent critiqué cette formule, non sans quelque raison, et proposé de la remplacer par la suivante : « sommation de délaisser, à moins qu'il ne préfère payer ». En effet, dit-on, payer est seulement une faculté pour le tiers détenteur ; il n'est pas obligé d'acquitter la dette, car il n'en est pas débiteur et n'en est tenu que *propter rem*.

L'observation est exacte, mais incomplète, car délaisser n'est aussi qu'une faculté pour le détenteur. Théoriquement le créancier ne peut le contraindre ni à payer ni à délaisser ; par conséquent, il ne peut pas le sommer de le faire. Son seul droit consiste à saisir l'immeuble et à le faire vendre aux enchères. Pour être pleinement exact, il aurait fallu dire : le créancier doit faire commandement au débiteur, qui est tenu de payer, et ce commandement doit être notifié au tiers détenteur.

Le côté pratique l'a emporté sur ces subtilités théoriques. Les articles 2167 et 2168 considèrent le tiers détenteur comme tenu de la dette ; et ce n'est pas inexact, même au point de vue juridique, car il est tenu comme tel, hypothécairement. Le but que poursuit le créancier est d'être payé ; il dit donc au tiers détenteur : « Payez, ou je fais saisir l'immeuble. » C'est là ce que l'article 2169 appelle improprement une sommation de payer ou de délaisser.

892. Ainsi, au début de l'exercice du droit de suite et comme préalable à cet exercice, le créancier doit faire deux actes extrajudiciaires : un commandement au débiteur, une sommation au détenteur. Les deux actes se complètent l'un l'autre et mettent les choses en l'état, si bien que la nullité de l'un réfléchit sur l'autre et en paralyse les effets.

L'article 2169 fixe l'ordre dans lequel ces deux actes doi-

vent être accomplis : le commandement d'abord, la sommation ensuite. Cet ordre est rationnel ; le commandement doit précéder la sommation, puisque celle-ci n'est autre chose que la notification de celui-là.

La jurisprudence considère cet ordre comme strictement obligatoire.

Elle en conclut : 1° que la sommation serait nulle si elle n'était pas précédée d'un commandement ¹, — 2° que la péremption du commandement entraîne nécessairement celle de la sommation ². Or, aux termes de l'article 674 du Code de procédure, la saisie immobilière ne peut être faite que trente jours après le commandement ; si le créancier laisse écouler plus de quatre-vingt-dix jours entre cette formalité préalable et la saisie, il est tenu de réitérer le commandement dans les formes et délais de la loi.

893. Par ces deux actes, les choses sont mises en état.

Cependant, les formalités une fois remplies, le créancier est obligé de s'abstenir de tout autre acte de poursuite pendant trente jours (article 2169). Le délai court à partir du second des deux actes exigés, donc à partir de la sommation : « trente jours après commandement... et sommation... », dit le texte ³.

La loi impose ce sursis au créancier pour deux motifs.

894. Le premier est d'ordre général.

L'article 2169 n'est que l'application des règles de la saisie à l'exercice du droit de suite ; sur le débiteur comme sur le tiers détenteur, la saisie ne peut être pratiquée que trente

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 714, texte et note 6, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2133 ; — Poitiers 7 février 1883, D. P. 1884.II.184, — Cass. 6 avril 1886, D. P. 1887.I.68, Sir. 1887.I.149, — 17 mars 1886, D. P. 1886.I.340, Sir. 1886.I.207.

En sens contraire, Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1144, — Bourges 1^{er} mars 1893, D. P. 1893.II.520.

2. Le commandement et la sommation, dans ce cas, doivent être réitérés l'un et l'autre ; le tiers détenteur jouit d'un nouveau délai d'un mois pour remplir les formalités de la purge. Colmar 4 février 1862 et Cass. 25 novembre 1862, D. P. 1863.I.209, Sir. 1863.I.149, — Cass. 17 mars 1886, D. P. 1886.I.340, Sir. 1886.I.207.

En sens contraire, Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1150, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 717, texte et note 12, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2130. — Paris 23 juin 1882, Sir. 1883.I.71.

3. Ce délai de trente jours est réduit à quinze jours quand il s'agit de l'hypothèque maritime : quinze jours à compter des premières poursuites (loi du 10 juillet 1885, article 18).

jours après le commandement (article 674 C. proc. civ.). On fait ainsi leur part aux deux intérêts en présence : celui du créancier poursuivant et celui du débiteur poursuivi.

895. L'autre motif est spécial au droit de suite et à la situation particulière qu'il suppose. Voici en quoi ce motif consiste. S'il est nécessaire et équitable d'accorder au débiteur, en cas de saisie, le bénéfice d'un délai qui lui assure le temps d'aviser, combien cela n'est-il pas plus nécessaire et plus équitable encore quand il s'agit du tiers détenteur ?

Le débiteur, en effet, si la saisie est pratiquée sur lui alors qu'il est encore propriétaire, n'a pas le choix entre les partis à prendre ; il connaissait nécessairement la dette, n'a pas pu oublier la date de l'échéance et a dû, par suite, se mettre en mesure de payer. Le délai de trente jours qui lui est octroyé n'est pour lui qu'une sorte de délai de grâce, afin qu'il puisse, à la dernière heure, se procurer des fonds et éviter la saisie.

La situation du tiers détenteur est autrement complexe et beaucoup plus favorable. D'abord, n'étant pas tenu personnellement de la dette, il était autorisé à croire qu'il ne serait pas poursuivi et que le débiteur paierait, comme c'est son devoir. Ensuite, sur la poursuite du créancier le tiers détenteur peut, selon les circonstances, procéder par des voies différentes ; le délai lui est donc nécessaire pour choisir entre les suites diverses que la situation comporte en ce qui le concerne.

En premier lieu, il peut avoir à contester le droit du poursuivant ; cela est à peine utile à dire. S'il établissait l'invalidité de ce droit, il éviterait l'expropriation. Spécialement il peut avoir à invoquer la non-existence ou l'extinction du privilège ou de l'hypothèque, ou bien la nullité ou la péremption de l'inscription, ou encore la nullité de la sommation ¹. Ce sont là des exceptions ou moyens de défense inhérents à son rôle de défendeur à l'action hypothécaire.

En second lieu, sans contester le droit du créancier poursuivant, le tiers détenteur peut, selon des distinctions de

1. Le tiers détenteur peut aussi opposer l'exception de garantie si le créancier qui exerce l'action hypothécaire est tenu personnellement à garantie envers le tiers détenteur, par exemple comme héritier du vendeur ou comme caution de l'aliénation. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1167, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 723, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 170, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2165.

fait qui seront présentées plus tard¹, opter entre plusieurs partis.

1° Quelquefois il opposera utilement le bénéfice de discussion de l'article 2170.

2° A défaut du bénéfice de discussion, il peut lui être opportun de payer intégralement la dette, sauf à exercer ensuite son recours contre le débiteur (article 2178). C'est un moyen sûr de conserver l'immeuble.

3° Il peut, tout en payant, n'acquitter qu'une portion de la dette, jusqu'à concurrence de son prix, et se faire subroger de la sorte au créancier payé pour le cas où des créanciers postérieurs feraient vendre (article 1251-1°).

4° Il peut, s'il veut liquider tout de suite la situation entière, purger l'immeuble (article 2179).

5° Si tous les autres partis lui semblent périlleux, il peut, pour éviter la saisie qui le menace, délaisser l'immeuble (article 2172).

Donc cinq partis sont mis à sa disposition.

Quand a-t-il intérêt à choisir l'un ou l'autre ? Cela dépend des circonstances et de considérations de fait que nous retrouverons un peu plus loin². On lui accorde trente jours à compter de la sommation qui lui est adressée, pour apprécier la situation et prendre parti. C'est une sorte d'exception dilatoire, destinée à lui permettre de délibérer, et qui lui est accordée de plein droit. Il était strictement indispensable qu'il en fût ainsi.

Si le tiers détenteur n'a pas pris parti à l'expiration des trente jours, le créancier, auquel on a pu imposer un sursis mais qui possède en définitive un droit et doit pouvoir l'exercer, rentre dans la plénitude de ses droits, c'est-à-dire qu'il peut procéder à la saisie sur le tiers détenteur (articles 2169 et 2183)³.

1-2. *Infra*, nos 933 et suiv.

3. L'article 2169 est ainsi conçu : « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit. . . . ». Ce droit appartient donc à tous les créanciers hypothécaires, quel que soit leur rang. En rédigeant ainsi le texte, le législateur de 1804 a entendu supprimer, d'une manière définitive, la règle du droit romain d'après laquelle un seul créancier, l'*antiquior creditor*, avait qualité pour faire vendre l'immeuble. Les autres ne pouvaient invoquer que le *jus offerendi*, en d'autres termes le droit de désintéresser les créanciers de rang antérieur en leur offrant le paiement de leurs créances. Ces offres ne pouvaient être refu-

896. Encore faut-il, toutefois, que le créancier agisse dans les quatre-vingt dix jours à dater du commandement ; il y a péremption s'il a laissé ce délai s'écouler sans faire les diligences nécessaires (article 674 C. proc. civ.). Si quatre-vingt dix jours se sont écoulés depuis la sommation, le créancier devra, pour arriver à la mise aux enchères, faire un nouveau commandement et, par suite, une nouvelle sommation, puisque la sommation est sans valeur si elle n'a pas été précédée du commandement.

897. Sur la poursuite intervient une vente, une adjudication sur saisie. Cette adjudication consomme le droit de suite, en ce sens que le prix de l'immeuble est alors définitivement fixé ; l'adjudicataire est à l'abri du droit de suite et l'immeuble est libéré ; les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix.

898. L'article 2169 est donc fort simple.

Il donne lieu, cependant, à une difficulté. Le texte dit : trente jours après la sommation. L'article 2183, qui prévoit exactement la même hypothèse à propos d'un des partis que peut prendre le tiers détenteur, ne dit pas trente jours, mais un mois. Or il y a sept mois dans l'année qui ont plus de trente jours, et il y en a un, le mois de février, qui n'en a que vingt-huit ou vingt-neuf. Quel est, des deux articles, celui qu'il faut prendre au pied de la lettre ?

La difficulté n'en est pas une. Le titre *Des privilèges et hypothèques* a été décrété le 28 ventôse an XII (19 mars 1804). A cette date on suivait encore le calendrier républicain, d'après lequel les mois étaient uniformément de trente jours. Sous des formes différentes, les deux articles 2169 et 2183 indiquent donc le même délai : trente jours.

Cette solution est d'ailleurs confirmée par l'article 674 du Code de procédure : « La saisie immobilière ne pourra être faite que trente jours après le commandement...¹ »

sées, et le paiement dont elles étaient suivies emportait subrogation du créancier qui payait dans les droits du créancier payé. Le subrogé pouvait alors faire vendre l'immeuble et se payer sur le prix après s'être remboursé de l'avance consentie aux créanciers antérieurs.

Dans notre droit, tout créancier peut poursuivre la vente, et le prix est ensuite distribué suivant l'ordre des préférences.

1. L'argument tiré de l'article 674 du Code de procédure est d'autant plus probant que ce Code a été promulgué le 24 avril 1806, postérieurement au sénatus-consulte du 22 fructidor an XIII (12 septembre 1805), qui a remis

II. — La surenchère.

899. Le droit de suite s'exerce sous cette forme lorsque l'acquéreur, sans attendre la poursuite ou bien sur la poursuite et dans les trente jours de la sommation, prend le parti de recourir à la procédure de purge. Pour purger, il offre aux créanciers soit son prix d'acquisition, soit, s'il a acquis à titre gratuit, s'il est donataire, le prix d'estimation.

Si les créanciers acceptent le prix offert, tout est terminé. S'ils acceptent, c'est de deux choses l'une : ou bien le prix suffit à les désintéresser tous, ou bien il représente, au jugement des créanciers, la valeur véritable de l'immeuble, de telle sorte qu'on ne peut pas espérer qu'il atteigne un prix plus élevé. La purge est accomplie, le prix définitivement fixé ; les créanciers n'ont plus d'action que sur ce prix (article 2186).

Si les créanciers n'acceptent pas le prix offert, parce qu'ils estiment qu'on peut en obtenir un supérieur, ils doivent faire une surenchère, dans un délai qui est tantôt de quarante jours, tantôt de deux mois, suivant une distinction que nous ferons plus tard (articles 2185 et 2195 alinéa 1). Cette surenchère est la surenchère dite sur aliénation volontaire (article 832 C. proc. civ.). On l'appelle aussi surenchère du dixième, par opposition à la surenchère du sixième dont nous parlerons plus tard¹, et qui n'a rien de commun avec celle-ci.

Or cette surenchère du dixième, au cas de purge, est une des formes du droit de suite ; par elle, en effet, le tiers détenteur est encore exproprié, puisque l'immeuble va être revendu, cette fois aux enchères publiques. Aussi les créanciers hypothécaires seuls peuvent-ils faire cette surenchère. L'article 2185 est formel à cet égard : « ... Tout créancier « dont le titre est inscrit peut requérir la mise de l'immeuble aux enchères... » Quand par exemple on discute la question de savoir si la séparation des patrimoines est un privilège, l'un des intérêts de la question est de décider si les créanciers séparatistes ont le droit de suite, notam-

le calendrier grégorien en vigueur à partir du 11 nivôse an XIV (1^{er} janvier 1806).

1. *Infrà*, n^o 930.

ment le droit de surenchérir en cas de purge par l'acquéreur de l'immeuble¹.

900. Sur la surenchère faite par l'un des créanciers interviendra une vente sur surenchère du dixième. Cette adjudication, de même que l'adjudication sur saisie, consume le droit de suite, en ce sens que le prix de l'immeuble est alors définitivement fixé; l'adjudicataire n'est plus exposé à aucune poursuite hypothécaire, les créanciers n'ont plus de droits que sur le prix².

Il y a là encore des cas, s'ajoutant à ceux que nous avons déjà rencontrés, où le droit de suite disparaît sans que le droit de préférence disparaisse, où le droit de préférence survit au droit de suite³. Nous réunirons plus tard les cas où il en est ainsi.

901. Telles sont les deux formes ou modes d'exercice du droit de suite: 1^o poursuite directe par voie de saisie ou d'expropriation, — 2^o surenchère du dixième en cas de purge par le tiers détenteur.

§ 2. — **A** quelles conditions le créancier privilégié ou hypothécaire a-t-il le droit de suite?

902. Si l'on rapproche et combine les textes, il apparaît que le droit de suite est subordonné à trois conditions.

La première concerne le créancier. Il ne peut saisir sur le tiers détenteur, ou surenchérir en cas de purge par celui-ci, que s'il a pris inscription en temps utile.

La seconde concerne le tiers détenteur. Le droit de suite ne s'exerce que contre le tiers acquéreur de droits susceptibles d'être saisis immobilièrement.

La troisième est relative au caractère de l'aliénation, au caractère du titre d'acquisition du tiers détenteur. Il n'y a lieu de suivre que contre les tiers qui ont acquis sur aliénation volontaire.

Reprenons ces trois conditions. Leur étude met en œuvre les règles les plus essentielles de la pratique hypothécaire.

1. *Suprà*, p. 22.

2. Notons en passant qu'il n'est pas besoin d'avoir un titre exécutoire pour former la surenchère du dixième.

3. *Suprà*, nos 754, 757, 760 et 850.

Première condition. — *Ont seuls le droit de suite les créanciers inscrits sur l'immeuble.*

903. C'est l'application du principe de la publicité au droit de suite résultant des privilèges et hypothèques.

L'inscription est exigée, quant au droit de préférence, dans l'intérêt des créanciers, afin qu'ils sachent par elle sur quel rang ils peuvent compter dans l'ordre à ouvrir pour la distribution du prix de l'immeuble. Elle est nécessaire au crédit du débiteur.

Elle est exigée, quant au droit de suite, dans l'intérêt des tiers acquéreurs, afin qu'ils sachent par elle qu'ils sont exposés à être expropriés. Elle est nécessaire au crédit des immeubles. Point de droit de suite si le privilège ou l'hypothèque n'a pas été préalablement rendu public par l'inscription.

L'article 2166 le dit pour le droit de suite exercé sous forme de saisie directe. L'article 2185 le répète pour le droit de suite exercé sous forme de surenchère. Enfin l'article 2167, qui est commun aux deux cas, ajoute que le créancier possède le droit de suite « par l'effet seul des inscriptions ». Ces mots font allusion à une pratique ancienne, actuellement disparue et qu'ils ont précisément pour objet de faire disparaître. Au temps où les hypothèques étaient occultes, le créancier n'était admis à exproprier le tiers détenteur qu'après avoir fait reconnaître contre lui l'existence de l'hypothèque. Il y arrivait au moyen de l'action hypothécaire, qu'on appelait aussi l'action en déclaration d'hypothèque¹. Cette action a disparu depuis l'adoption du système de la publicité². Elle est inutile, en effet, puisque l'existence de l'hypothèque est suffisamment annoncée par l'inscription qui doit avoir été prise avant l'aliénation. L'exercice de cette action occasionnerait des frais inutiles ; elle est écartée, et c'est précisément ce qu'expriment ces mots de l'article 2167 : « par l'effet seul des inscriptions ». Le créancier peut exercer le droit de suite sans avoir désormais besoin, comme autrefois, d'agir préalablement par l'action en déclaration d'hypothèque.

904. Non seulement il faut que le privilège ou l'hypothèque

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 712, note 2.

2. Cass. 6 mai 1814, Sir. 1812.I.43, — 27 avril 1812, Sir. 1812.I.300.

ait été inscrit, mais il faut qu'il l'ait été en temps utile. Et comme l'inscription a ici pour objet de prévenir le tiers acquéreur de l'éventualité du droit de suite, il faut qu'elle ait été prise avant l'aliénation, qui vaut acquisition quant à lui. Dès que l'aliénation est consommée, en d'autres termes dès que le tiers a régulièrement acquis son droit, l'inscription ne peut plus être prise utilement, car elle ne produirait plus l'effet qu'on en attend. Un privilège ou une hypothèque ne peut plus se manifester utilement à une époque où il ne pourrait plus naître ou être établi. Donc le créancier, pour pouvoir agir ensuite contre un tiers, doit avoir pris inscription avant que le tiers acquéreur ait réalisé son droit.

Jusqu'à quel moment précis peut-il le faire ? Cela dépend. Il y a eu à cet égard des variations dans la législation depuis le Code civil. Elles n'ont plus qu'un intérêt rétrospectif. Voici l'état actuel du droit. Nous allons retrouver, à propos du droit de suite, les règles que nous avons déjà rencontrées à propos du droit de préférence ¹.

S'il s'agit d'une aliénation transférant à l'acquéreur un droit opposable aux tiers indépendamment de toute transcription, comme le legs, l'inscription doit avoir été prise avant l'aliénation, c'est-à-dire avant la mort du testateur. L'article 2166 reste applicable à la lettre.

S'il s'agit d'une aliénation transférant à l'acquéreur un droit opposable aux tiers seulement par la transcription, l'inscription peut être prise même après l'aliénation, pourvu qu'elle le soit avant la transcription (loi du 23 mars 1855, article 6).

En un mot, l'inscription doit être prise avant le moment où l'acquéreur a un droit opposable aux tiers. Le créancier est un tiers ; il peut inscrire jusqu'à ce que l'acquéreur ait un droit qui lui soit opposable.

A ces règles il n'y a que deux exceptions.

Première exception.

905. Elle a été introduite dans l'intérêt du vendeur et du copartageant. Aux termes de l'article 6 alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855, ils peuvent s'inscrire non seulement après l'aliénation faite par le débiteur — acheteur ou copartageant

1. *Suprà*, p. 32 et suiv., — p. 176 et suiv.

— mais même après la transcription opérée par le nouvel acquéreur, pourvu que ce soit dans les quarante-cinq jours de la vente ou du partage ¹.

En ce qui concerne le vendeur non payé, la loi a voulu le protéger contre les suites d'une revente consentie immédiatement par l'acheteur, peut-être préparée dans ce dessein, et suivie d'une transcription faite d'urgence. La loi donne au vendeur un délai de quarante-cinq jours à partir non de la revente, mais de la vente primitive. Par conséquent, lorsqu'on achète un immeuble d'une personne qui ne l'a acheté elle-même que récemment, ou quand on prête sur hypothèque, on doit prendre garde ; il faut se rappeler que le vendeur primitif, s'il n'a pas été payé, ce dont il est facile de s'assurer, peut survenir et s'inscrire utilement pendant quarante-cinq jours.

En ce qui concerne le copartageant, la loi a voulu le protéger contre les suites de la vente que le copartageant débiteur consentirait précipitamment ; elle lui donne un délai de quarante-cinq jours à compter de l'acte qui a fait cesser l'indivision. Par conséquent, quand on achète un immeuble d'une personne qui en est devenue propriétaire par l'effet d'un partage, ou encore quand on prête sur hypothèque, il faut prendre garde ; on doit se souvenir que le copartageant, s'il n'a pas été payé, ce dont il est facile de s'assurer, peut survenir et s'inscrire pendant quarante-cinq jours.

L'exception est donc nette. Elle n'est admise que pour ces deux créanciers.

906. Il est vrai que tout créancier privilégié ou hypothécaire court les mêmes risques, et qu'il y a lieu de redouter une aliénation consentie à la hâte par le débiteur. Pourquoi ne pas avoir étendu à tous les cas le même bénéfice ? On n'en peut donner aucune raison.

1. Rappelons pour mémoire (cpr. *suprà*, n° 563) qu'au point de vue de la conservation du droit de préférence il suffit que le privilège du copartageant soit inscrit dans les soixante jours du partage (article 2109). La loi de 1855 n'a pas modifié cette règle (Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 596, texte et note 28, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, nos 310 et 311, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2101).

A l'égard du privilège du vendeur la même distinction n'existe pas (*suprà*, nos 573 et suiv.) ; le droit de préférence, comme le droit de suite, est conservé pourvu que le privilège soit publié avant toute transcription d'une revente (Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 587, texte et note 6, — Thézard, *loc. cit.*, n° 304).

Prenons l'exemple d'une hypothèque conventionnelle. Je consens à avancer une somme à titre de prêt. L'emprunteur constitue hypothèque à mon profit. Avant que je n'inscrive mon hypothèque, l'emprunteur vend l'immeuble grevé, et l'acheteur fait transcrire immédiatement son titre, de sorte que, au moment où je vais déposer mon bordereau d'inscription à la conservation des hypothèques, l'immeuble n'appartient plus à mon débiteur et l'inscription n'est plus possible. Pourquoi, créancier hypothécaire, n'aurais-je pas, comme le vendeur ou le copartageant, un délai pour prendre inscription, malgré la transcription faite dans l'intervalle ? La pratique, il est vrai, ne s'embarrasse pas de cet inconvénient ; en cas de prêt sur hypothèque, le prêteur ne délivre les fonds qu'une fois l'inscription prise.

Il y a plus. Pourquoi la loi, qui accorde ce délai au vendeur et au copartageant, le refuse-t-elle aux autres créanciers privilégiés, aux créanciers héréditaires et légataires ayant le bénéfice de la séparation des patrimoines ? L'héritier aliène à la hâte l'immeuble grevé du privilège ; l'acquéreur fait transcrire d'urgence, et les créanciers privilégiés, quand ils se présentent, se heurtent à la transcription. Cette différence de traitement ne s'explique par aucune raison plausible.

Ce sont là dans la loi des complications que rien ne justifie. Le seul système rationnel est celui que consacre le premier alinéa de l'article 6. L'alinéa 2 apporte dérogation au principe dans deux cas particuliers auxquels le législateur a songé. Les créanciers qui ne se trouvent dans aucun de ces deux cas n'ont que le bénéfice de l'article 1167.

Seconde exception.

907. Elle a été introduite en faveur des trois créanciers à hypothèque légale occulte : la femme, le mineur et l'interdit. De même qu'ils ont rang de collocation, autrement dit droit de préférence, indépendamment de toute inscription, de même ils ont droit de saisir sur le tiers acquéreur, autrement dit droit de suite, indépendamment de l'inscription. Leur hypothèque est occulte, même au point de vue du droit de suite.

Aucun texte, il est vrai, ne le dit en termes exprès. Aucun n'apporte expressément à l'article 2166, qui représente le

droit commun, une exception analogue à celle que l'article 2135 apporte à l'article 2134. Cependant, le doute n'est pas possible¹.

L'article 2135 a une portée générale; il s'applique au droit de suite comme au droit de préférence, et la femme peut opposer son hypothèque au tiers acquéreur sans l'avoir préalablement inscrite. La preuve en est dans l'article 2193, qui organise au profit des tiers un mode spécial de purge, la purge dite légale, ou mieux purge des hypothèques non inscrites.

C'est donc que l'hypothèque de la femme est opposable aux tiers sans inscription. Elle est occulte ou clandestine à tous les points de vue.

908. Le droit de suite appartient aux créanciers à hypothèques occultes sur tous les immeubles ayant appartenu au mari ou tuteur, pourvu que l'hypothèque ait été acquise antérieurement soit à l'aliénation, soit à la transcription selon les cas².

Le mineur et l'interdit ont hypothèque à la date de l'entrée en fonctions du tuteur, même pour les créances acquises ultérieurement³. Donc, tout acquéreur du chef du tuteur, depuis l'entrée en fonctions de celui-ci, est exposé au droit de suite.

Quant à la femme, son hypothèque remonte à des dates diverses, aux dates d'acquisition de ses différentes créances⁴. Donc l'acquéreur du chef du mari est exposé au droit de suite pour les créances nées avant l'aliénation consentie à son profit.

909. Toutefois, qu'il s'agisse du mineur, de l'interdit ou de la femme, la faveur dont ils jouissent leur appartient seulement tant que leur hypothèque est dispensée d'inscription (article 8 de la loi du 23 mars 1855). Si l'hypothèque légale de la femme n'a pas été inscrite dans l'année qui suit la dissolution du mariage⁵, si celle du mineur ou de l'interdit ne l'a pas été dans l'année qui suit la cessation de la tutelle⁶, le droit commun reprend son empire au point de vue du droit de suite comme au point de vue du droit de préfé-

1. *Suprà*, nos 714, 720 et 721.

2. *Ibid.*, n° 904.

3. *Ibid.*, n° 771.

4. *Ibid.*, nos 725 et suiv.

5-6. *Ibid.*, nos 743 et 772.

rence ; l'aliénation transcrite avant l'inscription de l'hypothèque légale est opposable à la femme, au mineur et à l'interdit ¹.

910. Telles sont les deux exceptions : la première introduite dans l'intérêt du vendeur et du copartageant, la seconde en faveur des trois hypothèques légales occultes.

En dehors de ces deux exceptions, la règle reste applicable. Le droit de suite est subordonné à ce que le créancier ait pris inscription avant que le tiers acquéreur n'ait acquis un droit opposable aux tiers.

Le plus souvent, l'inscription du créancier et l'acquisition réalisée par le tiers n'auront pas eu lieu le même jour, auquel cas l'antériorité s'établira aisément. Mais il se peut que l'inscription ait été prise le jour même où l'acquéreur a acquis son droit ; par exemple, un créancier a pris inscription du chef du vendeur le jour même où l'acquéreur a fait transcrire son titre. Il y a alors conflit.

Quand ce conflit se produit entre créanciers, au point de vue du droit de préférence, les inscriptions prises le même jour donnent le même rang (article 2147). Aussi, dans la pratique, un prêteur ne livre les fonds que le lendemain du jour où il a pris inscription, afin d'être bien sûr de son rang et de la complète utilité de ce rang.

Quand le conflit se produit entre un créancier et un tiers détenteur relativement au droit de suite, il n'existe aucune disposition analogue. La priorité est une question de fait. Lorsqu'un créancier hypothécaire fait inscrire son hypothèque le jour où l'acquéreur de l'immeuble fait transcrire son titre, il y a lieu, pour déterminer la validité de l'inscription, de consulter le rang qu'elle occupe sur les registres du conservateur des hypothèques, sur le registre d'ordre ou de remises ².

Aussi est-il formellement prescrit aux conservateurs des hypothèques de porter sur les registres les bordereaux d'inscription et les actes à transcrire à la date et dans l'ordre des

1. Cass. 2 juillet 1877, D. P. 1878.I.408, Sir. 1877.I.415.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 736 bis, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 88, texte et note 24, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2076. — Trib. de Die 17 juin 1868, D. P. 1869, III.91, Sir. 1869.III.153, — Bastia 12 décembre 1881, D. P. 1883.II.194, Sir. 1883.II.9, — trib. de Nice 15 novembre 1883, *Le Droit* du 18 mai 1884, — Nancy 16 mai 1894, Sir. 1894.II.191.

remises qui leur sont faites (articles 2200 alinéa 2 *in fine* et 2203). En cas de conflit, il y a une vérification à faire.

Deuxième condition. — *Le droit de suite n'est donné que contre le tiers acquéreur d'un droit susceptible de saisie immobilière.*

911. En d'autres termes, le droit de suite n'est donné que contre les acquéreurs d'un droit susceptible d'hypothèque. Les deux idées se tiennent¹. L'énumération des biens susceptibles d'hypothèque est donnée par l'article 2118 ; celle des biens susceptibles de saisie immobilière est donnée par l'article 2204 ; les deux énumérations n'en font qu'une.

Cette condition est logique ; elle se justifie par l'effet auquel tend le droit de suite. Ce droit — que le créancier l'exerce par la saisie ou par la surenchère du dixième, — n'est pas autre chose qu'une réquisition de mise aux enchères ; par conséquent, il n'est possible que si le droit acquis par le tiers est de nature à être vendu aux enchères².

912. Le vrai tiers détenteur, en cette matière, est donc l'acquéreur de la propriété de l'immeuble : acheteur, donataire, légataire, échangiste... etc. C'est ce que prévoit l'article 2166, qui parle des formalités à remplir par le tiers détenteur pour purger sa « propriété ».

Le tiers détenteur est aussi l'acquéreur du l'usufruit de l'immeuble ou de l'emphytéose. Le débiteur conservant la propriété du fonds, vend, donne ou lègue l'usufruit ou l'emphytéose. Le créancier peut saisir la nue propriété sur le débiteur ; il peut aussi saisir l'usufruit ou l'emphytéose sur l'acquéreur de ces droits. L'article 2204 mentionne l'usufruit parmi les choses susceptibles d'être vendues aux enchères.

En un mot, les tiers détenteurs sont ici les acquéreurs de la propriété ou de droits réels susceptibles d'hypothèque.

Si donc le débiteur a aliéné un droit réel non susceptible de saisie immobilière, comme un droit d'usage, d'habitation ou de servitude, il n'y a pas lieu au droit de suite contre l'usager ou contre le propriétaire du fonds dominant,

1. *Suprà*, tome I, p. 269 et suiv.

2. Cass. 16 novembre 1894, D. P. 1896.I.225 (note de M. de Loynes), Sir. 1896.I.185 (note de M. Dalmbert).

puisque le créancier ne pourrait pas faire vendre aux enchères le droit acquis. L'article 2204 est formel.

913. De là une question grave : celle de savoir quelle est la situation du créancier lorsque le débiteur transmet un droit qui n'est pas saisissable sur l'acquéreur ? La question doit être résolue par une distinction. Le droit dont il s'agit était-il acquis au tiers quand le privilège ou l'hypothèque a pris naissance, le créancier n'a de droit sur l'immeuble qu'à charge de respecter le droit transmis ; ce droit lui est opposable. N'a-t-il été acquis qu'après l'inscription, il n'est pas opposable au créancier, qui peut saisir l'immeuble sur le débiteur sans en tenir compte¹ ; du moment que le créancier ne peut pas suivre le droit transmis, c'est qu'on n'a pas pu le détacher de l'immeuble à son détriment.

Bien que cette règle ne soit pas formulée d'une manière expresse, elle ressort suffisamment de l'ensemble du système hypothécaire. En principe, le créancier investi d'un droit sur l'immeuble n'a rien à redouter de l'avenir ; c'est la condition de l'efficacité de son gage. Si le débiteur aliène l'immeuble lui-même ou l'usufruit de l'immeuble, c'est-à-dire un droit susceptible d'être vendu aux enchères, le créancier peut saisir sur l'acquéreur ; si le débiteur établit un droit non susceptible de suite et de mise aux enchères, le créancier hypothécaire n'a pas à en tenir compte.

Aucun texte ne formule la règle en termes généraux ; mais l'article 2091 en fait une application dans un cas spécial, celui d'antichrèse. L'antichrèse constituée sur un immeuble n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires antérieurs. Voilà bien l'idée. On doit la généraliser. Le débiteur ne peut, par son fait, diminuer la sûreté donnée ; l'hypothèque est un droit réel qui, une fois acquis et régulièrement conservé, ne peut plus être altéré par celui de qui il émane. Si donc l'immeuble est grevé d'un droit d'usage, d'habitation ou de servitude, en un mot d'un droit non saisissable sur l'acquéreur, ce droit n'est pas opposable au créancier.

Malgré le silence des textes, il n'existe aucun doute à cet égard. Les tiers acquéreurs de droits non susceptibles de

1. Aubry et Ran, 5^e édition, III, p. 126, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, nos 2043 et 2105.

saisie ne sauraient se plaindre, puisque le droit qui prévaut sur le leur était porté à leur connaissance.

914. Cette solution n'est pas contestée au cas d'aliénation d'un droit de servitude, d'usage ou d'habitation, en un mot d'un droit réel immobilier non susceptible d'hypothèque. Elle fait doute, au contraire, relativement aux baux que le débiteur aurait passés et qu'il avait d'ailleurs le droit de passer. Quel est l'effet de ces baux au regard des créanciers privilégiés ou hypothécaires ?

Très certainement, le créancier n'a pas le droit de suite contre le preneur. En effet, le droit résultant du bail d'un immeuble n'est pas susceptible de saisie immobilière.

Mais le bail est-il opposable au créancier ? Et s'il est opposable, dans quelle mesure l'est-il ? Cette question a un intérêt manifeste au point de vue des conditions dans lesquelles pourra se faire la vente de l'immeuble, spécialement au point de vue du prix qu'on en pourra retirer ; on vend plus aisément et plus avantageusement un immeuble libre qu'un immeuble engagé par bail, peut-être pour un temps long.

Si la question fait doute, cela tient à ce que les principes du régime hypothécaire doivent être combinés à cet égard avec les règles du bail, notamment avec l'article 3 alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855. Ce texte soumet les baux d'immeubles à la transcription, non pas à raison de la nature du droit transmis, car le locataire ou fermier d'un immeuble n'a jamais qu'un droit de créance, une créance de jouissance du bien loué, mais à raison de la durée du droit. Les baux de plus de dix-huit ans ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été portés à leur connaissance par la transcription (article 2-4°). Et l'article 3 alinéa 2, qui édicte la sanction du défaut de transcription dans les cas où la transcription est exigée, porte : « Les baux qui n'ont point « été « transcrits ne peuvent jamais leur être opposés [aux « tiers] pour une durée de plus de dix-huit ans. »

La règle est simple tant qu'il s'agit de l'appliquer aux acquéreurs de l'immeuble. Le bail est-il transcrit avant l'aliénation, il est opposable pour toute sa durée ; s'il n'est pas transcrit, le preneur ne peut l'opposer que pour dix-huit ans.

Mais comment le principe s'applique-t-il aux créanciers ayant privilège ou hypothèque sur l'immeuble ?

915. Dans deux cas, il ne semble pas qu'il puisse y avoir doute. Ce sont les suivants :

1° Le bail est antérieur à l'établissement du privilège ou de l'hypothèque. Si le preneur a fait transcrire le bail avant que le créancier hypothécaire ait acquis son droit, le bail est opposable au créancier pour toute sa durée. La sûreté n'a été acquise que sous la réserve des droits établis ; le créancier a le droit tel que l'inscription le lui a conservé ; il ne peut pas se plaindre, et aucune difficulté ne s'élève.

2° Si le bail, conclu avant la constitution d'hypothèque, n'a pas été transcrit ou ne l'a été qu'après l'inscription, il n'est opposable au créancier que pour dix-huit ans. C'est l'application directe de l'article 3 alinéa 2 de la loi du 23 mars 1855¹.

Mais il faut prévoir une troisième hypothèse : celle où le bail a été passé après l'inscription de l'hypothèque.

916. Il semble résulter de l'article 3 que ce bail n'est pas opposable au créancier hypothécaire. La loi de 1855 a soumis les baux au régime de la transcription ; or le créancier hypothécaire du bailleur est un tiers par rapport au preneur, et les actes soumis à la transcription, tant qu'ils n'ont pas été transcrits, ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont régulièrement conservés ; donc le bail qui n'est transcrit qu'après l'inscription de l'hypothèque n'est pas opposable aux créanciers hypothécaires du bailleur². Le créancier

1. Une seule question se pose alors : celle de savoir si le bail non transcrit est opposable au créancier pour dix-huit ans dans tous les cas, ou s'il faut procéder comme dans l'hypothèse de l'article 1429, c'est-à-dire diviser le bail en périodes de dix-huit ans et décider qu'il ne pourra être opposé aux créanciers que pour ce qui reste à courir de la période dans laquelle on se trouve.

Voy. dans le sens de la première opinion : Mourlon, *Revue pratique*, 1862, p. 321.

En faveur de la seconde opinion, Verdier, *Transcription*, I, n° 409, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 85, note 17, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2020.

2. Mourlon, *Transcription*, nos 500 et suivants, — Flandin, *Transcription*, I, n° 409, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 704 et 705, texte et note 20, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 159, — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, 15^e édition, II, n° 925, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, nos 2021 et 2022.

hypothécaire a un droit réel qui, une fois acquis, est indépendant des faits à venir. Il respecte, sous des conditions variables, les droits antérieurement constitués; il n'a à redouter aucun droit ultérieurement établi.

Telle est, en effet, la solution qui paraît avoir été celle des auteurs de la loi de 1855 ¹.

Ils ont formellement prévu l'hypothèse d'un bail conclu avant l'acquisition du privilège ou de l'hypothèque, et ils ont déterminé sous quelles conditions ce bail est opposable aux créanciers hypothécaires ou aux acquéreurs. Est-il transcrit lors de l'acquisition du privilège ou de l'hypothèque, il est opposable pour toute sa durée; dans le cas contraire, il n'est opposable que pour dix-huit ans.

Mais le législateur a omis de s'expliquer sur les baux conclus postérieurement à l'inscription du privilège ou de l'hypothèque. Pourquoi? Parce que le droit du preneur, dans ce cas, n'est aucunement opposable au créancier hypothécaire.

Cette idée, d'ailleurs, a été formellement exprimée par un des orateurs qui prirent part à la discussion de loi. Un membre du Corps législatif, M. Duclos, fit un reproche au projet de loi de ce qu'il paraissait rendre opposables aux créanciers inscrits les baux conclus après l'inscription. En effet, dit-il, le projet exige la transcription, mais sans préciser quand elle doit être faite. « Le projet semble rendre obligatoires pour les tiers, sans distinction, les baux dont la transcription a eu lieu. Quelle sera alors, par exemple, la position du créancier inscrit vis-à-vis d'un débiteur qui aura consenti, depuis le prêt, un bail à long terme?... Ces baux, auxquels le projet donne une existence légale par la transcription, pourront-ils être opposés aux créanciers hypothécaires inscrits avant cette transcription? S'il en doit être ainsi, il n'y aura plus de prêts possibles, et le crédit hypothécaire que l'on veut développer se trouvera anéanti ². »

Ni le rapporteur de la loi, M. de Belleyne, ni le Commissaire du Gouvernement, M. Rouher, ne répondirent à la

1. Voy. le rapport de M. de Belleyne au Corps Législatif, dans D. P. 1855, IV. 29 et suiv. Le passage capital au point de vue qui nous occupe est à la p. 30, colonne 1, n° 27.

2. *Moniteur* du 17 janvier 1855.

question, qui semble les avoir surpris et embarrassés. Mais un conseiller d'Etat, le général Allard, moins circonspect qu'eux, répondit : « Si le bail ou la quittance sont postérieurs à la transcription du contrat de vente ou à l'inscription de l'hypothèque, il est évident qu'ils ne peuvent avoir aucun effet ¹. » Sur cette réponse, on passa outre.

917. Peut-être cependant, la solution n'est-elle pas si évidente qu'elle le paraît.

En effet, une autre manière de voir avait été admise jusque-là par la loi. Aux termes de l'article 684 du Code de procédure, « les baux qui n'auront pas acquis date certaine avant le commandement pourront être annulés si les créanciers ou l'adjudicataire le demandent ». Donc les baux ayant acquis date certaine avant le commandement, fussent-ils postérieurs à l'hypothèque, devaient être respectés, sauf application de l'article 1167 ; les juges étaient seulement autorisés à annuler les autres ². Cette disposition se justifie aisément. Si les baux postérieurs étaient sans valeur au regard des créanciers hypothécaires, un propriétaire, dès qu'il aurait hypothéqué son bien, ne pourrait plus le donner à bail ou à fermé. Le droit d'administration des propriétaires serait paralysé. Personne ne voudrait devenir locataire ou fermier, si le droit résultant du bail était exposé à ne pas tenir.

Donc l'article 684 du Code de procédure existait et il avait sa raison d'être. Comment le général Allard a-t-il pu se croire autorisé à répondre qu'évidemment on n'a pas à en tenir compte ?

Les faits étant tels, un des orateurs du Gouvernement ayant émis une affirmation contraire à la loi et l'Assemblée l'ayant acceptée, que faut-il admettre ?

Faut-il admettre que l'article 684 reste applicable malgré la loi de 1855 ? Il en découlerait un résultat singulier. Un bail antérieur à l'inscription, mais transcrit à une date postérieure, ne serait opposable au créancier hypothécaire que pour dix-huit ans ; un bail postérieur vaudrait pour toute sa durée, à moins qu'il ne fût annulé, à la seule condition d'avoir acquis date certaine avant le commandement. Le résultat est inadmissible et presque absurde.

1. *Moniteur* du 17 janvier 1855.

2. *Suprà*, tome I, p. 27.

Faut-il admettre l'opinion du général Allard et décider que le bail n'est pas opposable au créancier ? Mais alors l'administration des biens grevés de privilèges ou d'hypothèques va être paralysée ; les propriétaires ne trouveront plus à louer. Cette solution n'a jamais été admise. Une parole échappée à l'improvisation et émanant d'un homme sans compétence spéciale ne saurait avoir une telle portée.

Une troisième opinion prévaut dans la jurisprudence. Les baux postérieurs à l'acquisition du privilège ou de l'hypothèque sont assimilés aux baux antérieurs non transcrits et ne sont, dès lors, opposables que pour dix-huit ans, à moins qu'ils ne soient annulés par application de l'article 684 du Code de procédure. Il n'y a donc qu'une seule distinction à faire : les baux passés et transcrits avant l'inscription valent pour toute leur durée, — les baux non transcrits ou transcrits après l'inscription ne sont opposables que pour une durée de dix-huit ans, sauf application de l'article 684. Cette solution constitue une transaction équitable entre les droits des créanciers hypothécaires et l'intérêt des propriétaires de biens grevés¹. Dans la limite de dix-huit ans, un bail n'est considéré que comme un acte d'administration, non comme un acte translatif ou modificatif de la propriété.

918. A propos des baux, il faut présenter, à titre de complément, l'indication suivante.

Le créancier qui invoque un privilège ou une hypothèque peut se heurter non seulement à des baux, mais à des quittances de loyers ou fermages données par anticipation, ou bien à des cessions de ces loyers ou fermages consenties à des tiers². Nous avons signalé déjà³ la disposition de l'article 682 du Code de procédure, d'après lequel les fruits naturels ou industriels recueillis postérieurement à la transcription de la saisie sont immobilisés pour être distribués par voie d'ordre avec le prix de l'immeuble.

D'après l'article 2-5° de la loi du 23 mars 1855, ces quittances ou cessions sont soumises à la transcription si elles portent sur une période supérieure à trois ans⁴. Elles font

1. Cass. 8 avril 1863, D. P. 1863. I. 411, Sir. 1863. I. 372, — 22 mai 1878, Sir. 1879. I. 109, — 9 décembre 1878, Sir. 1879. I. 360.

2. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 218, p. 301.

3. *Suprà*, tome I, p. 27.

4. Les quittances anticipées et les cessions de loyers sont soumises à l'ap

naître les mêmes questions que les baux, et les solutions sont identiques'.

Troisième condition. — *Le droit de suite n'est donné que contre les acquéreurs sur aliénation volontaire.*

919. Le droit de suite n'existe pas contre les tiers ayant acquis autrement que sur aliénation volontaire. Règle fondamentale, qui n'est pas édictée par l'article 2166, mais qui est indiquée ailleurs.

Il est des titres d'acquisition qui mettent l'acquéreur à l'abri de l'action hypothécaire, autrement dit qui purgent par eux-mêmes l'immeuble, parce que l'aliénation est regardée comme ayant réalisé définitivement et, dès lors, consommé le droit des créanciers sur l'immeuble. Le droit de suite est éteint, et l'immeuble passe libre à l'acquéreur. De sorte que les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix ; en d'autres termes, ils n'ont plus que le droit de préférence.

L'article 2166 est donc trop général quand il dit : « Les « créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrite sur un « immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe.... » La formule est exacte en ce qui concerne les acquéreurs sur

plication de l'article 1690 du Code civil, et ne deviennent opposables aux tiers que par la signification au débiteur cédé, qui est ici le fermier, ou par l'acceptation de ce dernier dans un acte authentique.

1. *Suprà*, tome I, p. 28. — Il y a deux cas à considérer.

a) La cession est antérieure à l'inscription. — Si elle comprend plus de trois années de location, elle doit être transcrite. La transcription antérieure à l'inscription produit effet pour la totalité et fait même échec à l'application de l'article 685 du Code de procédure civile ; les fruits ne sont pas immobilisés, à partir de la transcription de la saisie. La transcription postérieure à l'inscription n'est opposable aux créanciers hypothécaires que pour trois années. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 708 et 709, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1279 et 1280.

b) La cession des loyers est postérieure à l'inscription. — Elle ne peut alors être opposée aux créanciers hypothécaires que pour les loyers échus jusqu'à la transcription de la saisie. Pour les loyers à échoir postérieurement à cette date, l'article 685 les immobilise ; ils doivent être distribués avec le prix. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 706, texte et note 21, — note de M. de Loynes dans D. P. 1895.II.311 ; — cpr. Cass. 23 mai 1859, D. P. 1859.I.433, Sir. 1860.I.72, — Grenoble 17 juin 1865, Sir. 1865.II.271, — Angers 16 février 1882, D. P. 1883.II.219, — trib. de Saint-Dié 3 juin 1891, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1180, — Caen 6 juin 1893, D. P. 1894.II.289. — Voy. toutefois, pour le cas où la cession porte sur un chiffre inférieur à trois années de location, trib. de Châteauroux 16 avril 1894, D. P. 1895.II.193, — Paris 24 décembre 1894, D. P. 1895.II.385. — Bordeaux 27 mars 1895, D. P. 1895.II.390.

aliénation volontaire ; elle ne l'est pas quand il s'agit d'acquéreurs sur aliénation forcée.

Au cas d'aliénation forcée, étant données les conditions dans lesquelles l'aliénation se réalise, il apparaît comme certain d'une part que le prix obtenu est le plus élevé qu'on puisse espérer, d'autre part que l'intérêt des créanciers sur ce prix est suffisamment garanti et soustrait à tout risque. Le but de l'hypothèque se trouve alors atteint et réalisé ; il est donc logique que le créancier n'ait plus désormais de droit que sur le prix, en d'autres termes que le droit de suite disparaisse.

Il en est ainsi dans quatre cas, qui sont les quatre cas de ventes judiciaires forcées.

Premier cas.

920. L'immeuble est vendu sur saisie immobilière. L'adjudicataire sur saisie acquiert l'immeuble libre ; les créanciers n'ont plus de droit que sur le prix d'adjudication.

La transcription du jugement d'adjudication produit deux effets.

1^e Elle rend le droit de l'adjudicataire opposable aux tiers, par application de l'article 3 de la loi de 1855. Elle empêche, dès lors, qu'aucun droit nouveau puisse désormais prendre naissance du chef du saisi.

2^e Elle vaut purge au profit de l'adjudicataire, en ce sens que le prix de l'immeuble est irrévocablement fixé.

Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit. Ce que nous nommons aujourd'hui la saisie immobilière s'appelait la vente sur criées ; ce que nous nommons l'adjudication sur saisie s'appelait le décret ; et on disait : le décret nettoie les hypothèques¹.

Il en est de même aujourd'hui. Cela n'a jamais fait doute en ce qui concerne les hypothèques incrites, ni même quant aux hypothèques occultes (article 717 C. proc. civ., modifié par la loi du 21 mai 1858)². Le créancier n'a plus d'action que sur le prix ; il a perdu son droit de suite³. Aussi

1. Pothier, *Coutume d'Orléans*, titre XXI, n° 112.

2. Avant la modification introduite à l'article 717 par la loi de 1858, la question était controversée quant aux hypothèques occultes. Voy. Aubry et Rau, 4^e édition, III, p. 308, note 25.

3. Pourvu que la procédure d'expropriation forcée ait bien été dirigée

l'article 759 du Code de procédure prescrit-il au juge commissaire chargé d'arrêter l'ordre de prononcer la déchéance des créanciers qui n'ont pas produit, et d'ordonner la radiation des hypothèques.

921. Toutes ces règles sont rationnelles. En effet, le droit de suite consiste dans la faculté de requérir la mise de l'immeuble aux enchères, afin d'être payé sur le prix. Si l'aliénation a été volontaire, la réserve de ce droit est essentielle, car les créanciers peuvent alléguer ou qu'ils n'ont pas connu la vente, ou que l'immeuble n'a pas été porté à sa juste valeur. Or ce danger n'existe point en cas de saisie. La vente se fait judiciairement; l'immeuble vendu aux enchères publiques a atteint vraisemblablement le maximum de sa valeur. D'autre part, les créanciers auront été prévenus (article 692 C. proc. civ.). A quoi bon dès lors le droit de suite? La double garantie des enchères et de la publicité suffit amplement.

Il est donc rationnel que l'immeuble, ayant payé sa dette, soit dégrevé. En outre, il est utile qu'il en soit ainsi; car assurer à l'adjudicataire la stabilité du droit acquis, c'est assurer à la vente sur saisie les meilleures conditions dans lesquelles elle puisse se réaliser. D'où la règle que la transcription du jugement d'adjudication vaut purge (article 717 C. proc. civ.)¹.

Deuxième cas.

922. C'est celui de vente d'un immeuble au cas de faillite, à la requête des syndics. L'adjudicataire est également à l'abri de toute poursuite (article 573 C. com.).

contre le *verus dominus*: Cass. 2 décembre 1878, D. P. 1879.I.259, Sir. 1879.I.345.

1. Aux termes de l'article 717, le jugement d'adjudication dûment transcrit purge toutes les hypothèques, et les créanciers n'ont plus d'action sur le prix. La libération de l'immeuble s'opère-t-elle *hic et nunc*, ou bien est-elle subordonnée à la condition du paiement du prix d'adjudication? La question présente de l'intérêt lorsque l'adjudicataire qui n'a pas payé son prix devient insolvable, aliène l'immeuble, ou le grève de droits réels. Si l'immeuble a été libéré immédiatement, les créanciers n'ont plus action sur lui; s'il ne l'a été que conditionnellement, les hypothèques continuent de le grever pourvu qu'elles soient régulièrement conservées.

Voy. en faveur de la thèse qui maintient aux créanciers inscrits et non payés leur action sur l'immeuble: Paris 6 avril 1812, Sir. 1814.II.24, — Cass. 5 mai 1835, Sir. 1835.I.241.

En sens contraire, Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privileges et hypothèques*, III, n° 2377, — Cass. 4 juin 1850, D. P. 1850.I.214, Sir. 1850 I.737.

Telle est du moins l'opinion qui prévaut en jurisprudence ; mais la question est controversée. L'article 573, pour simplifier les opérations de la faillite et accélérer la liquidation, écarte toute surenchère autre que celle dont il règle les conditions. Par conséquent, il n'y a plus place pour une nouvelle réquisition de mise aux enchères, ce qui revient à dire que le droit de suite est éteint.

L'extinction de ce droit se justifie par les mêmes raisons que dans le cas précédent. D'une part, les formalités de la vente judiciaire assurent que l'immeuble est vendu au plus haut prix possible. D'autre part, les créanciers sont prévenus par la publicité de la faillite et peuvent veiller à leurs intérêts ¹.

Troisième cas.

923. Il n'y a plus place pour le droit de suite après l'expropriation de l'immeuble grevé pour cause d'utilité publique (loi du 3 mai 1841, article 17).

L'immeuble est désormais une dépendance du domaine

1. Cette solution est incontestée lorsque l'adjudication prononcée depuis l'union a été suivie d'une surenchère du dixième. Dans le cas contraire, la question est controversée.

Voy. dans le sens de l'affirmative : Labbé, *Revue critique*, 1861, p. 301 et suivantes, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 200, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1345 bis ; — Cass. 13 août 1867, D.P. 1867.I.375, Sir. 1867.I.390, — 24 février 1869, D.P. 1869.I.451, Sir. 1869.I.197, — Riom 6 février 1874, D. P. 1875.I.211, — Cass. 20 avril 1875, D. P. 1875.I.209, — Douai 28 juin 1894, D. P. 1895.II.161.

Dans le sens de la négative, voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 834 et 835, texte et note 15, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 169 bis XVI ; — Douai 4 août 1859, D. P. 1860.II.85, Sir. 1860.II.299, — Paris 21 août 1862, Sir. 1862.II.546, — Douai 18 août 1865, D. P. 1866.II.38, Sir. 1866.II.148, — Amiens 3 février 1887, *Journal des Faillites*, 1887, p. 467, — trib. de Nantes 21 août 1884, *Le Droit* du 4 décembre 1884.

Entre ces deux systèmes absolus, il y a place pour une opinion intermédiaire. L'adjudication non suivie de surenchère purgerait seulement les hypothèques des créanciers qui ont fait vérifier leurs créances pour participer aux répartitions faites à la masse ; elle laisserait subsister celles des créanciers qui, n'ayant pris aucune part aux opérations de la faillite, n'ont été avertis par aucune des mesures d'exécution et n'ont pu, dès lors, sauvegarder leurs intérêts ni surveiller la réalisation de leur gage. Cass. 9 novembre 1858, D.P. 1858.I.440, Sir. 1859.I.49, — Riom 6 février 1874, D. P. 1875.I.211.

Par une distinction analogue, on a soutenu que l'adjudication purge toutes les hypothèques inscrites du chef du failli, car les créanciers hypothécaires sont avertis par la publicité qui entoure la faillite, — mais non les hypothèques inscrites du chef des précédents propriétaires, qui n'ont connu par aucun mode de publicité légale la mise en vente de leur gage. Cass. 13 août 1867, D. P. 1867.I.375, Sir. 1867.I.390.

public et ne peut plus être saisi. Les hypothèques du chef de l'exproprié doivent être inscrites au plus tard dans la quinzaine de la transcription du jugement qui prononce l'expropriation ¹. Le seul droit qui appartienne désormais aux créanciers consiste à exiger que le prix soit fixé par le jury d'expropriation et distribué par voie d'ordre. Aussi les inscriptions sont rayées.

La garantie des créanciers consiste dans l'intervention du jury d'expropriation ².

Quatrième cas.

924. Le droit de suite disparaît en cas d'adjudication sur surenchère du dixième ou d'adjudication sur délaissement. N'insistons pas pour le moment sur ces deux hypothèses que nous allons retrouver bientôt. Il suffit de noter la règle. Elle est inscrite dans l'article 838 *in fine* du Code de procédure pour le cas de surenchère du dixième ³, dans l'article 2174 du Code civil pour le cas de délaissement.

925. Tels sont les quatre cas de ventes judiciaires forcées. On les appelle judiciaires à cause des formes dans lesquelles elles se font; forcées, parce que la vente a lieu par ordre de justice et en dehors de la volonté du propriétaire, sinon contre cette volonté.

Ces ventes valent purge. Quand un immeuble grevé est aliéné dans l'un des quatre cas prévus, les adjudicataires n'ont pas besoin de recourir à la procédure de purge.

926. Alors quels sont les tiers acquéreurs qui restent exposés au droit de suite et contre lesquels les créanciers privilégiés ou hypothécaires conservent ce droit, à moins qu'ils n'y renoncent ou ne remplissent les formalités de la purge ?

1. Cette condition est nécessaire, mais suffisante. Cass. 23 octobre 1888, D. P. 1888. I. 461, Sir. 1889. I. 87.

2. *Suprà*, p. 208.

3. L'addition faite à l'article 838 du Code de procédure civile par la loi du 21 mai 1858 n'est qu'une application de la maxime : *surenchère sur surenchère ne vaut*. Le prix de l'immeuble est définitif au regard des créanciers inscrits, puisqu'ils ont reçu les notifications de l'article 2183 et ont été liés à la procédure.

Quant à l'adjudication sur folle enchère, elle ne nécessite une nouvelle procédure de purge que si la première adjudication n'a pas purgé les hypothèques inscrites sur l'immeuble. Cass. 24 juillet 1882, D. P. 1883. I. 256, Sir. 1883. I. 56, — 31 mars 1884, D. P. 1884. I. 404, Sir. 1885. I. 166, — 21 octobre 1889, D. P. 1890. I 11, Sir. 1890. I. 60, — Alger 7 novembre 1892, D. P. 1894. II. 16.

Ce sont les acquéreurs sur aliénation conclue de gré à gré, sur aliénation amiable ou volontaire. Peu importe que l'aliénation résulte d'un acte entre-vifs ou de dernière volonté, d'un acte à titre onéreux ou à titre gratuit ; dans tous les cas, le droit des créanciers privilégiés ou hypothécaires reste complet et doit rester tel ¹.

Les créanciers le conservent pour deux raisons.

1^o Il se peut que les créanciers aient ignoré l'aliénation et que, dès lors, ils n'aient pu veiller à leurs droits.

2^o Même s'ils l'ont connue, rien ne prouve que l'immeuble vendu à l'amiable ait été porté à sa plus haute valeur.

Aussi peuvent-ils requérir la mise aux enchères publiques. C'est l'exercice du droit de suite.

927. Il existe donc, relativement au droit de suite, une différence essentielle entre les ventes volontaires et forcées. Après les premières, l'article 2166 est applicable et il y a place pour le droit de suite ; après les secondes, l'article 2166 ne s'applique pas et le droit de suite disparaît.

La distinction est capitale et jusqu'ici très nette.

Mais il est certaines autres aliénations, dont le caractère à cet égard est moins précis ; de sorte qu'il peut y avoir doute sur le point de savoir s'il faut les assimiler aux ventes forcées ou aux ventes amiables, en d'autres termes si le droit de suite subsiste ou si le prix de l'immeuble est définitivement fixé. Ces ventes sont celles qu'on appelle quelquefois ventes publiques volontaires.

Ce caractère appartient : 1^o aux ventes d'immeubles appartenant à des mineurs ou à des interdits (articles 459 et 509 C. civ., 953 et suivants C. proc. civ., spécialement l'article 964, qui renvoie à la plupart des règles de la vente sur saisie), — 2^o aux ventes d'immeubles dépendant d'une succession bénéficiaire (articles 806 C. civ., 987 et suivants C. proc. civ., spécialement l'article 988), — 3^o aux ventes de biens dépendant d'une succession vacante (article 1001 C. proc. civ.), — 4^o aux ventes d'immeubles dotaux dans les cas où l'aliénation peut être autorisée par justice (articles 1558 C. civ. et 997 alinéa 2 C. proc. civ.).

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 839, texte et note 18, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 169 bis XI et XII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 195 ; — Cass. 6 février 1889, D. P. 1889.I.299, Sir. 1889.I.385.

Toutes ces ventes sont judiciaires et publiques, en ce sens qu'elles sont faites aux enchères publiques avec emploi de la plupart des formalités prescrites pour les ventes sur saisie. Mais elles ne sont pas forcées, en ce sens qu'elles sont librement provoquées par le propriétaire ou par son représentant légal. De là la qualification de ventes publiques volontaires qui leur est donnée. De là aussi la question posée : ces ventes ont-elles, au point de vue du droit de suite, les mêmes effets que les ventes publiques forcées, ou bien faut-il, au contraire, les assimiler aux ventes amiables ?

928. Aucun doute ne semble possible si on se place au point de vue du droit positif. Les adjudications sur ventes publiques volontaires ne valent pas purge ; elles ne fixent pas définitivement le prix de l'immeuble au regard des créanciers hypothécaires. Ceux-ci conservent le droit de réquerir contre l'adjudicataire la mise de l'immeuble aux enchères ; en d'autres termes, ils conservent le droit de suite. L'article 2166 est applicable ; par conséquent, la purge est nécessaire.

Il est vrai que ces ventes semblent assurer, grâce à la formalité des enchères, que l'immeuble est vendu à son plus haut prix ; les enchères sont exigées dans l'intérêt des mineurs, des femmes, des créanciers de la succession vacante, etc. Mais elles ne présentent pas toutes les garanties qui se rencontrent dans les ventes forcées. Il leur manque précisément celle qui intéresse le plus les créanciers hypothécaires, et de là vient qu'elles n'opèrent pas purge.

Remarquons, en effet, que deux garanties sont prises dans les ventes forcées.

1° L'immeuble est vendu aux enchères après une large publicité, qui permet à la concurrence de s'exercer. Il atteint de la sorte le plus haut prix possible, ou, ce qui revient au même, le plus haut prix que les circonstances comportent.

2° Les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont mis en cause (article 692 C. proc. civ.), liés à la procédure, et mis à même, par conséquent, de surveiller leurs intérêts.

Or, dans les ventes publiques volontaires, il y a bien des enchères ; mais les créanciers ne sont pas mis en cause ; ils ne sont pas liés à la procédure de vente. Les articles 964,

988 et 997 du Code de procédure ne renvoient pas à l'article 692. Or il est de principe que les créanciers hypothécaires ne peuvent être privés de leur droit sur l'immeuble sans être mis en demeure de veiller à ce que ce droit ne reçoive aucune atteinte. Donc ils conservent leur droit de suite en cas de vente publique volontaire ; d'où cette conséquence que les adjudicataires doivent purger (article 2181). Il n'existe, en cette matière, aucun texte analogue à l'article 717 du Code de procédure.

929. Donc les ventes publiques volontaires, quoique publiques, c'est-à-dire quoique faites aux enchères publiques, sont assimilées aux ventes amiables.

Dans l'état actuel des textes, cette distinction s'impose. Elle s'explique, puisque les créanciers, n'étant pas liés à la procédure, trouvent ici moins de garanties que dans les ventes publiques forcées.

Mais il faut convenir que ces distinctions sont absolument défectueuses au point de vue législatif. Toutes les ventes judiciaires, forcées ou volontaires, devraient produire les mêmes effets ; les différences établies entre elles compliquent inutilement la pratique. Pour qu'il ne subsistât aucune raison de les maintenir, il suffirait d'étendre l'article 692 aux ventes publiques volontaires. Alors toutes les ventes judiciaires publiques vaudraient purge, ce qui réaliserait une grande économie de frais et une grande simplification dans la pratique. Ce serait l'une des réformes les plus simples et les plus utiles. Bien des fois cette réforme a été proposée. Mais on dit que les hommes d'affaires s'y montrent peu disposés ; et on les soupçonne de n'avoir pour cela d'autres raisons que la crainte de voir diminuer le nombre des saisies sur les tiers détenteurs et le nombre des purges pratiquées par ces tiers.

930. En attendant une réforme, la différence signalée subsiste entre les ventes publiques forcées et volontaires.

Cependant, il y a une réserve à faire. Il est un cas où les choses se passent autrement que nous ne venons de le voir ; et ce résultat tient non à la nature de la vente, mais à une règle de procédure.

Dans toutes les adjudications faites en justice, qu'il s'agisse de ventes forcées ou volontaires, l'article 708 du Code de procédure réserve ce qu'on appelle le droit de surenchère

du sixième ; l'adjudication ne devient définitive que huit jours après avoir été faite, et la surenchère du sixième peut être formée pendant ces huit jours. Elle n'est plus, comme la surenchère du dixième, un mode d'exercice du droit de suite¹ ; elle constitue une garantie d'un caractère général, et tout le monde peut surenchérir du sixième.

Si, à la suite d'une vente publique volontaire, il n'y a pas surenchère du sixième, la règle posée reste exacte et l'article 2166 du Code civil applicable ; l'article 717 du Code de procédure n'est écrit que pour les ventes publiques forcées. S'il y a surenchère du sixième et adjudication nouvelle, le prix est définitivement fixé et aucune réquisition de vente aux enchères n'est désormais possible².

Cette règle ne résulte pas de la nature du titre d'aliénation dont il s'agit, mais d'un principe posé par l'article 710 alinéa 2 du Code de procédure, principe d'après lequel l'adjudication sur surenchère rend irrecevable une seconde surenchère sur les mêmes biens. A la vérité, ce texte ne vise que les ventes sur saisie. Mais le principe qu'il édicte est reproduit par l'article 573 du Code de commerce pour les ventes de biens appartenant à un failli, et appliqué à des ventes publiques volontaires par les articles 965, 973 *in fine* et 988 du Code de procédure. C'est donc une règle générale de procédure que « surenchère sur surenchère ne vaut ».

Il est vrai que des créanciers hypothécaires vont se trouver ainsi privés de leur droit sans avoir été appelés à le défendre. Mais il faut bien s'arrêter à une limite quelconque. D'ailleurs, l'intérêt des créanciers n'est pas vraiment compromis ; si la surenchère du sixième met obstacle à l'exercice d'une surenchère du dixième émanant d'eux, elle aboutit au même résultat au point de vue de la fixation du prix de l'immeuble.

De sorte que la question de savoir si une vente publique volontaire nettoie l'immeuble doit être résolue par une distinction. La vente publique volontaire ne vaut pas purge dans les cas ordinaires ; mais il en est autrement s'il y a eu surenchère du sixième à la suite de l'adjudication.

1. *Suprà*, p. 310.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 830, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 169 bis XIX, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 198 ; — Riom 26 novembre 1892, D. P. 1895.II.49 (note de M. Glasson), Sir. 1894 II.105.

931. Seulement en est-il ainsi pour toutes les hypothèques ? Spécialement, en est-il ainsi pour les trois hypothèques occultes ?

Les adjudications faites en justice sur surenchère du sixième après une vente publique volontaire ne purgent pas les hypothèques légales dispensées d'inscription et non inscrites en fait. L'adjudicataire n'a d'autre moyen de libérer son immeuble que de recourir à la procédure organisée par les articles 2193 et suivants pour la purge des hypothèques non inscrites¹. En effet, les créanciers à hypothèques occultes n'ont jamais été mis en demeure de s'inscrire, de défendre leurs droits ; et il faut qu'ils le soient. Dans les ventes sur saisie immobilière elles-mêmes, le jugement d'adjudication ne purge les hypothèques occultes qu'à la condition que les créanciers aient reçu la sommation prescrite par l'article 692 du Code de procédure².

Mais la règle « surenchère sur surenchère ne vaut » met obstacle à ce qu'ils puissent surenchérir du dixième. Aussi la purge a-t-elle seulement pour but de les mettre en demeure de s'inscrire dans les conditions et délais établis par l'article 2194³.

932. Il y a donc, en ce qui concerne l'exercice du droit de suite, de nombreuses distinctions à faire. Les transmissions à titre gratuit ne sont jamais un obstacle à l'exercice du droit de suite. Mais on ne peut en dire autant des aliénations à titre onéreux. Le droit de suite peut être exercé en cas d'aliénation amiable et volontaire ; il ne peut pas l'être en cas de vente judiciaire et forcée ; enfin les ventes publiques volontaires sont assimilées aux ventes amiables, à moins qu'il n'y ait eu surenchère du sixième.

Toutes ces distinctions, qu'il serait si simple et si utile de faire disparaître et qui ne se maintiennent que par l'habitude, fournissent la solution d'une question longtemps discutée et aujourd'hui résolue en jurisprudence : celle de savoir quel est, relativement au droit de suite, l'effet des

1. *Infra*, nos 1013 et suiv.

2. Rouen 30 mars 1895, D. P. 1895.II.209, Sir. 1896. II. 41.

3. Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 183 bis II à VI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2388.

ventes sur conversion de saisie immobilière en ventes volontaires (article 743 alinéa 2 C. proc. civ.). Si la conversion a lieu avant la sommation de l'article 692, la vente est assimilée à une vente volontaire, car les créanciers ne sont pas liés à la procédure ; la situation est la même qu'en cas de vente publique volontaire. Si, au contraire, la conversion se produit après la sommation de l'article 692, la vente est assimilée à une vente publique forcée, car les créanciers sont liés à la procédure ; la situation est la même qu'en cas de vente publique forcée ¹.

§ 3. — Comment le tiers détenteur peut-il se soustraire aux conséquences du droit de suite ?

933. Lorsque le droit de suite est exercé sous forme de surenchère du dixième, en cas de purge faite par l'acquéreur, la mise aux enchères est l'effet immédiat et inévitable de la surenchère. Les articles 2185 et 2187 indiquent les conditions de validité de la surenchère.

Si le droit de suite est exercé sous forme de saisie directe sur le tiers détenteur, la mise aux enchères est l'effet possible, mais non l'effet inévitable, en tout cas pas l'effet immédiat de la poursuite. Nous avons vu ², en effet, que le créancier poursuivant ne peut procéder à la saisie que trente jours après la sommation faite au tiers détenteur et que ces trente jours sont accordés au tiers pour qu'il ait le temps de délibérer sur le parti qu'il doit prendre, pour opter entre les suites diverses que la situation comporte.

Il a le choix entre plusieurs partis, à supposer bien entendu que la poursuite soit régulière, c'est-à-dire fondée en droit et valable en la forme, de sorte qu'il ne puisse pas la décliner. Nous les avons précédemment indiqués ³ ; rappelons-les d'un mot. Il peut : 1° opposer le bénéfice de discussion, au moins dans un certain nombre de cas, ce qui paralyse la poursuite (article 2170), — 2° payer la dette intégralement, ce

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 836, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 169 bis XVI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2379. — Cass. 11 novembre 1862, D. P. 1862.I.504. — Caen 17 juin 1874, D. P. 1877.V.397, — Cass. 14 novembre 1882, D. P. 1883.I.271, Sir. 1883.I.177, — Pau 20 mai 1889, Sir. 1890.II.43.

2. *Suprà*, n° 893.

3. *Ibid.*, p. 308.

qui rend la poursuite sans objet (article 2178), — 3° payer la dette jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition (article 1251-1°), — 4° purger (articles 2181 et suivants), — 5° délaisser (article 2172).

Tels sont les cinq partis entre lesquels il a le choix. S'il n'en a pris aucun à l'expiration du délai de trente jours, le créancier rentre dans la plénitude de son droit (article 2169) et les événements suivent leur cours : saisie, vente sur saisie, ordre pour la distribution du prix.

Reprenons ces cinq partis possibles, afin de rechercher à quelles situations de fait chacun d'eux convient et quelles en sont les conséquences.

I. Le tiers détenteur peut opposer à la poursuite le bénéfice ou l'exception de discussion.

934. En d'autres termes, le tiers détenteur peut renvoyer le créancier poursuivant à se faire payer d'abord, si cela est possible, par le débiteur tenu personnellement de la dette (articles 2170 et 2171).

Ce droit appartient, ce qui est d'ailleurs rationnel et équitable, à quiconque n'est tenu que pour autrui.

Il appartient à la caution, à moins qu'elle n'y ait renoncé. En effet, acquittant la dette, elle aurait eu recours contre le débiteur principal; il est conforme à l'intention vraisemblable des parties, il est aussi plus simple et plus économique que la caution ne soit point forcée de payer si le créancier n'a pas préalablement épuisé les voies de droit contre le débiteur. De là l'article 2021¹.

Le même droit doit appartenir au tiers détenteur dont l'immeuble répond de la dette d'autrui. S'il subit l'expropriation, il aura un recours contre le débiteur libéré, puisqu'il aura payé à son acquit (article 2178); il est conforme aux données de la situation, il est en même temps plus simple et plus économique qu'il ne puisse être exproprié si le créancier n'a pas préalablement épuisé les voies de droit contre le débiteur. D'où la disposition de l'article 2170.

Dans les deux cas on retrouve l'application de la même idée générale.

D'ailleurs, ce bénéfice ne porte pas vraiment atteinte au

1. *Suprà*, tome I, p. 83 et suiv.

droit du créancier sur l'immeuble. Il en ajourne seulement l'effet ; le créancier recouvrera tous ses droits si la poursuite contre le débiteur n'amène pas le paiement.

935. Les articles 2170 et 2171 arrêtent de quelle manière et sous quelles conditions le tiers détenteur peut se prévaloir du bénéfice de discussion.

D'abord, il l'exerce, dit l'article 2170, « selon les formes « réglées au titre *Du cautionnement* ». Par conséquent, les articles 2022 à 2024, qui règlent, en la forme, l'exercice du bénéfice en ce qui concerne la caution, sont applicables au tiers détenteur ¹. De même que la caution, le tiers détenteur doit : 1° requérir la discussion sur les premières poursuites (article 2022) ², — 2° indiquer les immeubles à saisir et faire l'avance des frais (article 2023 alinéa 1), — 3° ne pas indiquer certaines catégories de biens énumérées par l'article 2023 alinéa 2.

De plus, le tiers détenteur n'a le bénéfice de discussion que sous trois conditions, qui lui sont particulières et que spécifient les articles 2170 et 2171.

Première condition. — Il ne le possède que s'il n'est pas personnellement obligé à la dette (article 2170). S'il est personnellement obligé à la dette, il cesse d'être tenu exclusivement pour autrui, et le motif qui explique le bénéfice de discussion disparaît par là même.

Ainsi, le codébiteur conjoint ou solidaire ayant acquis l'immeuble hypothéqué par son codébiteur n'a pas le bénéfice de discussion. Du moment qu'il est tenu personnellement, le créancier qui le poursuit ne fait pas valoir, à vrai dire, son droit de suite ; il poursuit personnellement et non hypothécairement ; donc aucun ajournement n'est possible.

A plus forte raison en est-il de même de la caution et des héritiers du débiteur.

a) La caution qui a acquis du débiteur l'immeuble hypothéqué a-t-elle le bénéfice de discussion ? Il faut répondre

1. *Suprà*, tome I, p. 88 et 89.

2. Par premières poursuites il faut entendre ici la dénonciation de saisie faite au tiers détenteur : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 722 et 723, texte et note 24, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1165, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2143, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 168.

négativement. Sans doute cette manière de voir laisse place à quelque hésitation ; la caution, comme telle, jouit du bénéfice de discussion (article 2021), et il paraît inadmissible qu'elle le perde par suite de l'acquisition d'une qualité qui, de droit commun, le fait acquérir. Cependant la question doit être résolue négativement. Si la caution est poursuivie comme telle sur ses biens, elle a l'exception de discussion (article 2021) ; si elle est poursuivie sur l'immeuble hypothéqué, elle ne peut se prévaloir ni de l'article 2021 ni de l'article 2170 ¹.

b) Quant à l'héritier du débiteur il faut distinguer.

La situation est simple s'il est seul héritier. Tenu de la dette de son auteur, il ne peut pas opposer le bénéfice de discussion ².

S'il est héritier seulement pour partie et qu'il ait payé sa part de la dette, il n'est plus tenu du surplus à titre personnel, mais seulement à titre hypothécaire (article 873). Peut-il opposer le bénéfice de discussion ? Ou bien l'article 2170 doit-il être entendu en ce sens que le tiers détenteur est privé du bénéfice de discussion par cela seul qu'il n'a jamais été tenu personnellement de la dette ? Pothier tranchait la question en ce sens ³ ; Loyseau en sens contraire ⁴. Nous la retrouverons plus tard, à propos de la purge ⁵.

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1160, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 719, note 17, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 168, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2146.

2. Par le mot « héritier » nous désignons toutes les personnes ayant recueilli le patrimoine du débiteur *per modum universitatis* : héritiers proprement dits, successeurs irréguliers, légataires universels ou à titre universel. Toutes ces personnes représentent le débiteur défunt ; or les créanciers exercent leurs droits contre les représentants du défunt comme contre le défunt lui-même. Elles ne sont pas vraiment des tiers détenteurs.

3. Pothier, *Introduction au titre XX de la Coutume d'Orléans*, chap. I, sect. I, art. I, § 2, n° 37.

4. Voy. Pothier, *loc. cit.*

5. *Infrà*, nos 956 et suiv. — En tout cas, il est un point certain. Si l'héritier poursuivi hypothécairement offre au créancier le paiement de sa part, il ne peut pas le contraindre à la recevoir pour lui opposer ensuite le bénéfice de discussion en sa qualité de tiers détenteur. Le créancier peut refuser un paiement partiel, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque (article 1221-1^o). Ce refus met l'héritier dans l'impossibilité de remplir la condition indispensable pour invoquer le bénéfice de discussion, et il reste personnellement tenu.

En ce sens Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 720, — 4^e édition, VI, p. 674 note 19, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 151 bis

Deuxième condition. — Le tiers détenteur ne peut user du bénéfice de discussion que si le débiteur possède d'autres immeubles hypothéqués à la même dette. Sous ce rapport, son droit est moins étendu que celui de la caution ; il ne peut pas, comme la caution, renvoyer le créancier à discuter tous les biens du débiteur ¹. On ne peut renvoyer un créancier hypothécaire à discuter des biens sur lesquels il ne viendrait que comme chirographaire, car ce serait trop changer sa situation (article 2170).

Troisième condition. — « L'exception de discussion, dit l'article 2171, ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble. »

Cette condition mise à l'exercice du droit de suite est difficile à expliquer. Si l'hypothèque est spéciale en ce sens qu'elle ne porte que sur un immeuble, sur celui qui est aux mains du tiers détenteur, cette condition n'ajoute rien à la précédente. Si l'hypothèque est spéciale en ce sens qu'elle est conventionnelle, la règle se comprend mal dans le cas où l'hypothèque, bien que spéciale, porte sur plusieurs immeubles dont l'un est resté aux mains du débiteur ².

Cependant le texte est formel et on l'applique tel qu'il est. La seule explication possible est la suivante : l'immeuble hypothéqué spécialement est plus fortement affecté, et la convention fait loi.

II. Le tiers détenteur peut acquitter intégralement la dette hypothécaire.

936. L'article 2168 dit même qu'il le doit. Mais l'expression est inexacte ; ce n'est pour lui qu'une faculté.

Il y a deux cas où le tiers détenteur aura naturellement recours à ce parti.

III, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 168. — *Contrà*, Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1181, — Huc, *Droit civil*, V, n° 70.

1. *Suprà*, tome I, p. 88.

2. L'hypothèque conventionnelle qui s'étend à tous les biens présents du débiteur n'en est pas moins une hypothèque spéciale : Grenoble 10 janvier 1870, Sir. 1872.II.307.

L'article 2170 s'applique même au cas où l'hypothèque conventionnelle s'étend exceptionnellement aux immeubles à venir, du moment où le créancier doit prendre une inscription particulière sur chacun des biens au fur et à mesure qu'ils entrent dans le patrimoine du débiteur. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1161, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 721 et 722, texte et note 21. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2154.

1° Il le fera s'il est un acheteur et si le prix d'acquisition est supérieur au montant des dettes hypothécaires, de telle sorte que l'acquéreur puisse, avec ce qu'il doit, désintéresser tous les créanciers. Ce qu'il aura payé en l'acquit du vendeur viendra en déduction de ce qu'il doit à celui-ci ; il acquittera le surplus entre ses mains et évitera ainsi la purge avec les frais qu'elle entraîne.

2° Payer intégralement la dette est le seul parti à prendre, même si le prix dû est inférieur au montant des dettes inscrites, lorsque le tiers détenteur est un donataire, ou lorsque, pour un motif ou pour un autre, l'acquéreur entend conserver l'immeuble. Ce parti peut être onéreux ; mais il n'y en a pas d'autre dans ce cas.

937. Rien ne s'oppose à ce que le tiers détenteur y recoure. Le droit commun autorise tout tiers intéressé à payer la dette d'autrui (article 1236). Or l'acquéreur est intéressé au paiement, puisqu'en l'effectuant il dégrève l'immeuble et s'en assure la conservation.

Il se gardera bien alors, s'il est acheteur, de verser son prix d'acquisition au vendeur. Il paiera les créanciers et compensera jusqu'à due concurrence ce qu'il devait avec le remboursement auquel il a droit.

Il conserve en outre un recours pour le surplus. Il peut recourir d'abord par l'action de gestion d'affaires, car il a payé au nom et pour l'acquit d'autrui (article 2178). Puis il peut invoquer la subrogation de l'article 1251-3°, si la créance est garantie par d'autres hypothèques utiles ; sans doute il n'est pas « tenu » à la dette, au sens strict du mot employé par l'article 1251-3°, mais la loi le considère comme tel (articles 2167, 2168, 2169), de sorte qu'il peut invoquer l'article 1251-3°.

III. Le tiers détenteur peut acquitter partiellement la dette hypothécaire.

938. S'il est acheteur, il acquittera la dette jusqu'à concurrence de son prix d'acquisition ; s'il est donataire, jusqu'à concurrence d'un prix arbitré.

Le tiers détenteur, il est vrai, reste exposé au regard des créanciers non désintéressés ; en effet, l'article 2169 est ainsi conçu : « Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypo-

« thécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypo-
« théqué... » Aussi ne recourra-t-il à cet expédient que
dans un cas : lorsqu'il sera sûr d'avoir acheté l'immeuble à
sa juste valeur, de telle sorte qu'une nouvelle mise aux en-
chères ne puisse pas donner un prix supérieur à distri-
buer. Il peut alors, sans risque, payer partiellement et
attendre les événements.

En effet, de deux choses l'une : les créanciers non payés
poursuivront ou ne poursuivront pas l'expropriation de
l'immeuble.

S'ils poursuivent, le tiers détenteur évincé prélèvera sur
le prix de la vente le montant de ses débours, comme su-
brogé aux droits des créanciers payés. C'est l'hypothèse de
l'article 1251-2°. Il est subrogé aux créanciers désintéressés
pour le cas où les créanciers postérieurs non payés feraient
vendre l'immeuble ; comme tel, il sera colloqué, sur le prix
de la vente, au rang des créanciers désintéressés, c'est-à-
dire par préférence aux créanciers actuellement poursui-
vants. Dès lors, les créanciers non payés ne poursuivront que
s'ils espèrent tirer de la vente plus qu'on ne leur offre.

S'ils ne poursuivent pas, l'acquéreur, au moyen d'un paie-
ment partiel, aura conservé l'immeuble. Il obtiendra en-
suite l'autorisation de radier les inscriptions.

En définitive, dans le cas prévu, le tiers détenteur réalise
une véritable purge sans formalités. Cette purge a l'inconvé-
nient de laisser le tiers détenteur exposé aux hypothèques
restées inconnues des femmes et des mineurs, s'il en existe.
Aussi est-ce un parti auquel il ne faut recourir qu'à bon
escent.

IV. Le tiers détenteur peut purger.

939. On dit indifféremment purger l'immeuble, ou purger
les privilèges et hypothèques qui grèvent l'immeuble. La
première locution se trouve dans la rubrique du chapitre
VIII (articles 2181 et suivants) : *Du mode de purger les pro-
priétés des privilèges et hypothèques* ; la seconde dans la ru-
brique du chapitre IX (articles 2193 et suivants) : *Du mode
de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscription
sur le bien des maris et des tuteurs*.

Ces deux rubriques indiquent qu'il existe deux sortes de
purges : la purge des hypothèques inscrites et celle des hy-

pothèques non inscrites. Il y en a même une troisième, organisée spécialement au profit des sociétés de crédit foncier par le décret-loi des 28 février-9 avril 1852.

Cette matière relève presque exclusivement de la procédure. Çà et là toutefois nous trouverons quelques idées générales à relever.

940. On peut remarquer en passant que l'expression de « purge », quoique d'un usage commun, n'est pas dans le Code civil. Le Code emploie le verbe « purger » ; on le rencontre, indépendamment des rubriques déjà citées, dans les articles 2179, 2180 et 2181. Mais le Code ne connaît pas le substantif correspondant : purge. Le dictionnaire de l'Académie ne l'admet pas davantage. Toutefois, on rencontre cette expression dans quelques documents législatifs postérieurs au Code civil : loi du 3 mai 1841, sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, article 19, — décret-loi des 28 février-9 avril 1852, sur le crédit foncier, article 19, — loi du 10 juin 1853. En somme, de par l'usage et même de par la loi, le mot est devenu français ; il a pris place dans la langue des affaires.

941. En quoi consiste la purge ? Quels acquéreurs ont le droit d'y recourir ? Quelles sont les formalités de la purge ? Telles sont les trois questions à examiner.

Première question. — *En quoi consiste la purge ?*

942. Purger, dans une première acception du mot, c'est dégrever l'immeuble acquis des charges hypothécaires qui l'affectent. Plus spécialement, au sens pratique du mot, c'est faire le nécessaire pour atteindre ce résultat, en d'autres termes remplir les formalités de la procédure de purge.

Envisagée non dans ses effets ou dans ses formes, mais en elle-même, la purge est le moyen fourni à l'acquéreur d'un immeuble de mettre les créanciers privilégiés ou hypothécaires en demeure d'exercer sur-le-champ leur droit de suite sous la forme de la surenchère, ou d'y renoncer.

A cet effet, l'acquéreur offre aux créanciers le prix de l'immeuble : le prix d'acquisition s'il est acquéreur à titre onéreux, le prix d'estimation s'il est acquéreur à titre gratuit (article 2184). En même temps, il les somme ou d'accepter l'offre qui leur est faite, ou de faire mettre l'immeuble aux enchères dans un délai très court, autrement dit d'exer-

cer leur droit de suite par voie de surenchère du dixième.

Cela fait, deux éventualités sont possibles.

1° Ou bien les créanciers acceptent. Alors les privilèges et hypothèques s'éteignent; car il y a purge acquise, et la purge est un mode d'extinction des privilèges et hypothèques (article 2180-3°). Ils s'éteignent en ce sens que l'immeuble reste libre aux mains de l'acquéreur; les créanciers n'ont plus de droit que sur le prix (article 2186). C'est le parti qu'acceptent naturellement les créanciers qui sont couverts par le prix offert, qui viennent en ordre utile; c'est aussi celui auquel se résignent même les créanciers postérieurs, quand la somme offerte représente la valeur exacte de l'immeuble, de telle sorte qu'ils n'ont aucun espoir d'un prix plus élevé en le faisant mettre aux enchères, ce qui entraînerait des frais en pure perte (article 2186).

2° Ou bien les créanciers n'acceptent pas le prix offert, parce qu'ils l'estiment inférieur au prix réel, à celui qu'on pourrait obtenir. Alors ils doivent, dans un délai fixe, qui est de quarante jours pour les créanciers inscrits et de deux mois pour les autres (articles 2185-1° et 2195), surenchérir, c'est-à-dire mettre l'immeuble aux enchères à leurs risques et périls. C'est la surenchère du dixième, ainsi nommée parce qu'elle n'est admise qu'à condition d'être au moins de cette somme. On l'appelle aussi surenchère sur aliénation volontaire, parce qu'elle ne peut se concevoir et n'intervient qu'en cas d'aliénation volontaire, par la raison bien simple que les ventes forcées valent purge par elles-mêmes¹.

L'immeuble est alors mis aux enchères publiques, comme en cas de saisie (article 2187). La purge résultera de l'adjudication, plus exactement de la transcription du jugement d'adjudication.

En conséquence, la purge résulte, selon les cas, ou du défaut de surenchère dans le délai légal, ou de la transcription du jugement d'adjudication sur surenchère. Elle est la mise en demeure adressée par l'acquéreur aux créanciers privilégiés et hypothécaires d'accepter le prix offert ou d'exercer sur-le-champ leur droit de suite par voie de surenchère².

1. *Suprà*, p. 325 et suiv.

2. Quand l'aliénation n'a pas lieu sur expropriation forcée, l'ordre ne peut s'ouvrir qu'après les formalités de la purge. Si l'acquéreur ne les remplit pas et qu'un ordre s'ouvre, les créanciers n'encourent pas la déchéance de leur

943. Ainsi comprise, la purge porte, à n'en pas douter, une atteinte grave aux droits des créanciers privilégiés et hypothécaires. En effet, aucun créancier ne peut, en principe, être dépouillé de son droit malgré lui ; aucun ne peut être contraint d'exercer son droit à un moment plutôt qu'à un autre. Or, en autorisant l'acquéreur à purger, la loi lui donne, en définitive, la faculté de dépouiller les créanciers hypothécaires de leur droit, à moins qu'ils ne l'exercent sur-le-champ.

Le législateur admet cependant la purge, parce qu'elle est utile et d'ailleurs légitime au fond.

Elle est utile, car il faut bien, sous peine de voir l'affectation hypothécaire entraver indéfiniment la circulation des biens, donner aux acquéreurs le moyen de s'assurer la possession paisible de l'immeuble acquis, par conséquent le moyen de le dégrever.

Elle est légitime, car les créanciers n'ont pas dû compter raisonnablement sur une somme supérieure à la valeur réelle de l'immeuble. Leur droit est donc respecté, puisque l'acquéreur offre cette valeur, surtout s'ils conservent, dans le cas où la somme est ou leur paraît insuffisante, la faculté de faire mettre l'immeuble aux enchères. Le droit de surenchérir est le correctif nécessaire et suffisant de la faculté qui est reconnue au débiteur de purger.

Il ne faut pas cependant se faire d'illusions ; la purge est quelquefois très préjudiciable aux créanciers. Si l'acquéreur purge à un moment défavorable pour la vente, à un moment où la propriété foncière est en baisse, les créanciers, obligés d'exercer leur droit de suite, vont subir une perte qu'ils éviteraient s'ils pouvaient attendre une heure plus favorable ¹.

Somme toute, on a considéré que la purge présente plus d'avantages que d'inconvénients.

944. Toutefois, par cela même qu'elle est contraire à la

droit de préférence ; et si plus tard, l'immeuble étant saisi, un second ordre s'ouvre, ils devront y être admis en cas de production régulière. Cass. 24 juin 1891, Sir. 1893.I.119. — Paris 9 juillet 1892, D. P. 1893.II.569 (note de M. de Loynes), Sir. 1895.II.137 (note de M. Dalmbert).

1. Le droit allemand n'admet pas la purge, qu'il considère comme une atteinte portée aux droits des créanciers hypothécaires. Voy. P. Magnin, *op. laud.*, p. 218.

rigueur du droit, il a fallu du temps pour l'acclimater. Elle est une création du droit moderne.

La législation romaine n'a connu aucune institution de ce genre. La vente faite par l'*antiquior creditor*, laquelle représentait à peu près notre vente publique forcée, libérait le bien hypothéqué, qui passait libre entre les mains de l'acquéreur ; on le considérait comme ayant payé sa dette. Mais, en cas d'aliénation volontaire par le débiteur, le tiers acquéreur n'avait aucun moyen de dégrever le bien acquis, lequel passait aux mains de l'acquéreur tel qu'il existait aux mains du débiteur¹.

Le droit de purge se rattache historiquement à ce qu'on appelait dans l'ancien droit les décrets volontaires. Voici ce qu'on appelait ainsi.

Nous avons vu² que les ventes sur criées ou sur décrets effaçaient les hypothèques, comme de nos jours les ventes forcées³. Le décret était l'ordonnance qui autorisait la vente aux enchères ; on l'appelait décret forcé parce qu'il était délivré à la demande des créanciers. En cas d'aliénation volontaire et pour arriver au même résultat, on eut l'idée de simuler une vente forcée. C'est de cette fiction qu'est sortie la purge. L'acquéreur faisait décréter le bien sur lui-même, en recourant aux mêmes formalités⁴ ; c'était le décret volontaire, intervenant non plus à la requête des créanciers, comme le décret forcé, mais à la demande de l'acquéreur. L'immeuble ainsi vendu était « nettoyé », comme on disait, grâce à ce détour inventé par la pratique pour faire produire à un décret volontaire les effets d'une vente forcée.

Le système des décrets volontaires fut remplacé, à la fin du XVIII^e siècle (édit de juin 1771), par celui des oppositions et lettres de ratification. L'acquéreur qui soupçonnait l'existence d'hypothèques sur l'immeuble acquis — c'était le temps des hypothèques occultes — déposait son contrat

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, p. 544. — Labbé, *Revue critique de droit*, année 1864, p. 275 et suivantes. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, p. 525.

2. *Suprà*, p. 326.

3. Pothier, *Procédure civile*, 4^e partie, ch. II, sect. V, article 7, § 3, n^o 585. — Bourjon, *Droit commun de la France*, livre VI, titre VIII, ch. VI, sect. 6, § 1, n^o 59.

4. Voy. Ferrière, *Dictionnaire de pratique*, v^o *Décret volontaire*.

au greffe du bailliage ou de la sénéchaussée. Le greffier affichait pendant deux mois un extrait du contrat : pendant ce délai, tout créancier devait, pour conserver son droit, se présenter au greffe, faire opposition ; il pouvait, en outre, surenchérir du dixième le prix de vente. Alors, de deux choses l'une : ou la surenchère avait été formée, et l'immeuble était mis en vente, — ou il n'y avait pas eu de surenchère, et alors le droit des créanciers était reporté sur le prix. L'acquéreur obtenait ensuite des lettres dites de ratification, autrement dit de ratification de son contrat, et il était libéré des hypothèques en payant son prix d'acquisition.

Cette pratique, transformée et régularisée, est devenue la purge actuelle. Celle-ci n'apparaît que dans la loi du 9 messidor an III ; elle n'a été organisée que par la loi du 11 brumaire an VII, d'où elle a passé dans le Code civil.

Deuxième question. — *Quels acquéreurs peuvent purger ?*

945. Du moment que la purge est un moyen imaginé pour concilier le droit de suite avec l'intérêt économique de la circulation des biens, la faculté de purger doit être réservée aux acquéreurs exposés au droit de suite et à eux seuls, puisque seuls ils y ont intérêt¹. C'est pourquoi les articles 2181 et 2185 ne visent, à propos de la purge, que les acquéreurs d'immeubles ou de droits réels immobiliers.

946. On a cependant songé à une autre application de la purge. On s'est demandé si les prêteurs sur hypothèque ne pourraient pas, lors du prêt, être admis à purger l'immeuble des hypothèques antérieurement acquises, afin d'assurer l'efficacité plus complète de la garantie consentie à leur profit.

Qu'ils y aient intérêt, en fait, c'est manifeste. On comprend aisément qu'un prêteur tienne à l'emprunteur ce langage : « Je suis disposé à avancer les fonds demandés, à

1. La purge étant non un paiement, mais un engagement pris par l'acquéreur, il faut, pour pouvoir purger, être capable de s'obliger. Le mineur émancipé, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, doivent donc être assistés de leur curateur ou de leur conseil ; mais le tuteur peut purger les immeubles du mineur des hypothèques qui les grèvent sans avoir à demander l'autorisation du conseil de famille. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2362. La femme séparée de corps n'a besoin d'aucune autorisation depuis la loi du 6 février 1893.

« accorder le crédit sollicité moyennant la sûreté offerte,
 « mais à la condition que l'immeuble soit dégrevé des char-
 « ges qui déjà l'affectent et rendu libre, à la condition de
 « purger. »

En droit, au moins en droit commun, la prétention n'est pas admissible. En effet, le prêteur sur hypothèque devient créancier ; il n'est pas le tiers acquéreur de l'article 2181, encore moins le nouveau propriétaire de l'article 2183.

A la vérité, s'il n'est pas le tiers acquéreur de la propriété, s'il n'est pas un nouveau propriétaire, il est au moins acquéreur d'un droit sur l'immeuble ; et l'article 2181 admet à purger non seulement les acquéreurs de la propriété, mais les acquéreurs de droits réels immobiliers. Or l'hypothèque a ce caractère. Par conséquent, pourquoi le créancier hypothécaire ne pourrait-il pas purger ?

Ce raisonnement repose sur une équivoque. Les droits réels immobiliers autres que la propriété, que vise l'article 2181, sont les droits réels susceptibles de saisie sur l'acquéreur : l'usufruit notamment. Or l'hypothèque, si elle est un droit réel immobilier, n'est susceptible ni d'hypothèque, ni de saisie. Donc, un nouveau créancier hypothécaire ne peut invoquer l'article 2181 et ne saurait être admis à purger les hypothèques antérieures.

947. Il y a cependant un prêteur sur hypothèque qui est autorisé à purger afin d'acquérir une sûreté plus complètement efficace : c'est le Crédit foncier. Le décret-loi de 1852 a organisé à l'usage du Crédit foncier une purge spéciale, qui s'ajoute aux deux purges du Code civil. Le Crédit foncier fait profession de prêter sur hypothèque, et, afin que le remboursement soit plus pleinement assuré, il ne doit prêter que sur première hypothèque ; c'est la condition de son crédit et en même temps la loi de son institution¹.

Si donc l'emprunteur a précédemment constitué des hypothèques, ou si des hypothèques légales ou judiciaires ont pris naissance de son chef, l'emprunt n'est possible que si ces hypothèques disparaissent, si l'immeuble est dégrevé, de manière que la société puisse devenir première créancière hypothécaire. D'où la nécessité, pour le fonctionnement de l'institution, que le Crédit foncier, quoiqu'étant un simple créancier ou prêteur, puisse purger les hypothèques antérieu-

1. Voy. *suprà*, n° 841, — et *infra*, n° 1034.

res¹. Il a fallu une loi pour l'y autoriser, car il y a là une dérogation au Code civil. Tel est le but du décret des 28 février-9 avril 1852 (articles 6, 8, 19 et suivants); la date même indique que c'est un décret-loi et que, par suite, il a pu modifier une loi².

948. Mais c'est là une exception, qui confirme et achève de justifier la règle du droit commun.

Sous la réserve de cette exception, sont seuls autorisés à purger les acquéreurs de l'immeuble ou d'un droit réel sur l'immeuble. Ce sont là les tiers détenteurs, d'après la locution consacrée.

949. Encore n'ont-ils pas tous le droit de purger. Il en est quelques-uns auxquels la purge est inutile, d'autres auxquels elle n'est pas permise bien qu'elle puisse leur être utile. Ni les uns ni les autres, pour des motifs différents mais qui ont le même effet au point de vue qui nous occupe, ne sont admis à purger.

Précisons la portée de cette observation.

950. Il est des acquéreurs auxquels la purge est inutile et qui, dès lors, ne peuvent pas y recourir. Les seuls acquéreurs qui aient intérêt à y recourir sont ceux qui restent exposés au droit de suite, à l'action hypothécaire. Le moyen cesse d'être légitime quand il est sans objet.

Or l'existence du droit de suite, à laquelle est subordonnée le droit de purger, suppose deux choses. Nous retrouvons ici de nouvelles applications des distinctions faites précédemment.

1° L'existence du droit de suite suppose que le tiers a acquis un droit susceptible de saisie immobilière³. C'est ce qu'entend exprimer l'article 2181 quand il dit: « Les contrats « translatifs de la propriété d'immeubles ou de droits réels « immobiliers... ». *Contrats* est un terme trop limitatif; il vaut mieux dire: les *actes*, expression plus large, qui embrasse non seulement les contrats, mais les testaments et aussi les jugements d'adjudication. *Contrats translatifs de la propriété*; cela se comprend aisément⁴. *Ou de droits réels*

1. *Infrà*, nos 4033 et suiv.

2. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 41 et suiv.

3. *Suprà*, p. 318.

4. L'acquéreur d'une part indivise dans la propriété d'un immeuble ne

immobiliers autres que la propriété ; ajoutons : de ceux au moins qui sont susceptibles de saisie immobilière. Donc l'acquéreur d'un droit d'usage ou d'habitation, d'un droit de servitude, à plus forte raison d'un droit de bail, ne saurait purger ; car le droit acquis n'est pas susceptible d'être saisi immobilièrement.

2° L'existence du droit de suite suppose que le tiers a acquis sur aliénation volontaire. Puisque les ventes forcées nettoient par elles-mêmes les privilèges et hypothèques (article 717 C. proc. civ.), la nature du titre d'acquisition vaut purge en ce cas et rend inutile de recourir à la purge proprement dite¹.

Par conséquent n'ont pas besoin de purger et, dès lors, ne sont pas admis à le faire : 1° les adjudicataires sur saisie immobilière, — 2° les adjudicataires sur surenchère, soit du dixième, soit du sixième, — 3° les acquéreurs de biens vendus à la suite d'une faillite, — 4° les adjudicataires en cas de vente sur conversion, si la conversion est intervenue après la notification de l'article 692 du Code de procédure², — 5° les acquéreurs sur expropriation pour cause d'utilité publique.

En un mot, il y a corrélation étroite entre l'existence du droit de suite et le droit de purger. D'où ceux-là seuls peuvent purger contre lesquels le droit de suite est donné, autrement dit les acquéreurs sur aliénation volontaire.

C'est pour cela que la surenchère faite par les créanciers dans le cas où l'acquéreur procède à la purge s'appelle surenchère sur aliénation volontaire (article 834 C. proc. civ.). Elle prend ce nom de l'hypothèse unique où elle peut intervenir.

951. Voici maintenant les acquéreurs auxquels la purge n'est pas permise quoiqu'elle puisse leur être utile, en d'autres termes bien qu'ils soient des acquéreurs sur aliénation vo-

peut purger tant que dure l'indivision. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1270, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 843 et 844, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2333 ; — Cass. 29 mai 1875, D. P. 1876.I.377, Sir. 1876.I.297, — 4 juin 1890, Sir. 1891.I.135.

L'acquéreur d'un droit d'usufruit peut purger. Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 231, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1283, — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 840. — Il en est de même de l'acquéreur d'un droit de nue propriété, d'emphytéose ou de superficie.

1. *Suprà*, p. 325.

2. *Ibid.*, n° 932.

lontaire de droits immobiliers susceptibles de saisie, exposés comme tels au droit de suite.

Ce sont les acquéreurs personnellement obligés à la dette.

L'article 2170 les exclut formellement du bénéfice de discussion¹. Nous verrons plus tard que l'article 2172 leur refuse non moins formellement la faculté de délaisser². Bien qu'aucun texte ne leur dénie le droit de purger, il n'est cependant pas douteux que ce droit leur échappe.

D'abord, plusieurs articles le sous-entendent en établissant une opposition entre le débiteur et le tiers détenteur, ce qui suppose que le tiers détenteur, pour posséder vraiment cette qualité et avoir comme tel le droit de purger, ne doit pas être débiteur tenu personnellement de la dette. Tels sont, par exemple, les articles 2178 et 2185-3^o.

D'autre part, les données théoriques du sujet suffisent à faire considérer cette règle comme essentielle. En effet, la purge n'est possible que là où elle peut être efficace ; or que gagnerait à purger celui qui peut être poursuivi comme personnellement obligé ? Tous les biens du débiteur sont le gage des créanciers et peuvent être saisis par eux ; à supposer que l'acquéreur dégrève l'immeuble en tant qu'acquéreur et rende impossible, de la sorte, la saisie exercée en vertu du droit de suite, la saisie n'en resterait pas moins possible par l'exercice du droit de poursuite personnelle. Alors la purge est forcément écartée comme devenant sans effet possible. Elle se comprend si celui qui y recourt n'est tenu qu'hypothécairement ; n'étant tenu qu'à raison de l'hypothèque, il se libère en dégageant l'immeuble. Elle ne se comprend pas de la part du détenteur obligé personnellement ; il continuerait à être exposé aux poursuites même après avoir dégrégé l'immeuble.

Il n'y a donc aucune conclusion à tirer du silence des textes ; il faut suppléer à ce qu'ils ne disent pas. L'acquéreur ne peut pas plus purger qu'il ne peut opposer le bénéfice de discussion ou délaisser l'immeuble, quand il est obligé personnellement à la dette.

952. Par application de ce principe, le droit de purger doit être refusé aux personnes suivantes.

1. *Suprà*, p. 337.

2. *Infra*, n^o 1040.

1° Il n'appartient pas au débiteur. Cela va sans dire. Il ne saurait dépendre de lui de porter atteinte aux garanties données pour le paiement ¹.

2° Il n'appartient pas davantage au codébiteur conjoint ou solidaire et à la caution qui auraient acquis l'immeuble hypothéqué ². Ils sont bien des tiers acquéreurs, mais des tiers obligés personnellement ³.

3° Le droit de purger n'appartient pas à l'héritier soit du débiteur principal, soit du débiteur accessoire. Peu importe qu'il ait accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire ; dans les deux cas il est tenu personnellement des dettes, et il n'y a de différence que quant à l'étendue de son obligation. Il en est de même du légataire universel ou à titre universel, qui succède aux dettes (articles 870 et 871). Le légataire particulier, au contraire, n'est pas tenu des dettes (article 1024) et peut, par conséquent, purger. Nous examinerons plus loin la question de savoir si la situation de l'héritier et du légataire est différente lorsqu'ils ne succèdent qu'à une quote part, et s'ils ont la faculté de purger après avoir acquitté leur portion de dette ⁴.

4° Le droit de purger doit être refusé à l'acquéreur qui se serait engagé soit envers le créancier ⁵, soit envers le vendeur ⁶, à payer la dette hypothécaire. Libéré en ce qui

1. Cass. 14 novembre 1894, D. P. 1896.I.513 (note de M. de Loynes).

2. Le codébiteur conjoint qui a acquis l'immeuble hypothéqué ne peut pas purger ; tant qu'il n'a pas payé sa part de sa dette, il reste toujours débiteur personnel. Il est bien en même temps détenteur ; mais, en vertu du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque, l'immeuble grevé répond en même temps de la part de chacun des codébiteurs et de la totalité de la dette. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 838, note 17, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 169 bis III.

Si, au contraire, il a payé la part dont il est tenu personnellement dans la dette avant les poursuites hypothécaires, il n'est plus tenu que comme tiers détenteur ; il peut donc purger et délaisser. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2350.

3. Cass. 5 décembre 1882, D. P. 1883.I.378, Sir. 1885.I.115, — Paris 9 juillet 1892, D. P. 1893.II.569 (note de M. de Loynes).

4. Voy. *infra*, nos 956 et suiv.

5. Cour d'appel de Lucques (Italie) 5 mars 1891, D. P. 1893.II.507.

6. La solution est certaine si l'acquéreur qui s'engage envers le vendeur désigne nominativement les créances qu'il promet d'acquitter. Le créancier jouit alors, en vertu de l'article 1121, du droit de poursuivre l'exécution de cette promesse, et l'acquéreur perd le droit de purger à l'encontre du créancier. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 844, texte et note 32.

L'acquéreur peut s'engager, en termes généraux, à payer son prix entre les mains des créanciers qui seront en ordre utile pour recevoir ce prix. Si

touche les hypothèques, l'immeuble resterait saisissable en vertu du droit de gage général, et la purge ne mènerait à rien.

Tous sont personnellement obligés à la dette et, par suite, exclus du bénéfice de la purge.

953. Peu importe, d'ailleurs, qu'ils aient acquis purement et simplement, ou que leur titre soit affecté d'une modalité.

Il y a cependant une distinction à faire si l'acquisition est conditionnelle.

Les acquisitions sous condition suspensive ne donnent pas lieu à purge, au moins tant que la condition n'est pas accomplie. En effet, jusqu'à l'accomplissement de la condition, l'acquéreur n'a pas un droit acquis ; il a seulement un droit éventuel. Il n'est pas vraiment acquéreur ; il a seulement l'espoir de le devenir. Il a un droit, sans doute ; mais l'article 1180 limite la mesure dans laquelle il peut l'invoquer : il peut accomplir les actes nécessaires à la conservation de son droit. Or la purge n'est pas un acte conservatoire, puisqu'elle tend et peut aboutir à la mise aux enchères de l'immeuble, c'est-à-dire à l'aliénation. Donc l'acquéreur sous condition suspensive ne peut pas purger ¹.

Il en est autrement au cas de condition résolutoire. L'acquéreur sous condition résolutoire a un droit actuellement acquis, mais résoluble en cas d'arrivée de la condition. Il paie son prix, sauf à le répéter si la condition s'accomplit. Il peut redouter l'expropriation ; il a dès lors intérêt à dégrever l'immeuble et peut, par conséquent, purger ².

Le seul point douteux, en ce cas, est celui-ci. Qu'advient-il des effets de la purge si la condition résolutoire s'accomplit et si la transmission se trouve, par suite, résolue ?

délégation du prix est acceptée par tous les créanciers inscrits, la purge devient inutile. Si elle n'est pas acceptée, l'acquéreur conserve le droit de purger. Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et note 33, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2360.

1. En ce sens : Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 220, — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 841, texte et note 22, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 195, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2338. — *Contra* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1285.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1285, — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 840, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 427, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2339. — Cass. 23 août 1871, D. P. 1873. I. 321, Sir. 1871. I. 118.

D'après le droit commun, l'accomplissement de la condition résolutoire remet les choses dans l'état où elles seraient si l'obligation n'avait pas existé (article 1183). Or, si la convention n'était pas intervenue, la purge n'aurait pas été faite. Par conséquent, les privilèges et hypothèques éteints par la purge revivent quand l'acquisition à la suite de laquelle la purge a été faite est résolue.

Voilà la solution juridique. Faut-il l'admettre ?

La question s'est posée spécialement au cas de vente à réméré. Supposons que l'acheteur purge, et que plus tard le vendeur exerce le réméré. Qu'advient-il de la purge ? La jurisprudence admet que l'extinction est définitive et reste acquise même si le vendeur exerce plus tard le réméré. L'extinction est un résultat de fait, sur lequel la résolution ne saurait réagir¹.

A moins cependant qu'il n'y ait eu fraude. Et voici comment la fraude se comprendrait. Un propriétaire qui a hypothéqué son immeuble, ou du chef de qui existent des hypothèques soit légales, soit judiciaires, voudrait dégrevier son immeuble. Directement, il ne le peut pas. Mais il le vend à réméré ; l'acquéreur purge, peut-être à un moment défavorable pour les créanciers, puis le vendeur exerce le réméré, et voilà l'immeuble libéré. Un droit est fait pour qu'on en use, non pour qu'on en abuse. La fraude démontrée rend vaine la combinaison qu'elle entache, et la purge est effacée².

1. Cass. 14 avril 1847, D. P. 1847.I.217, Sir. 1847.I.341, — Grenoble 17 février 1849, D. P. 1851.II.235, Sir. 1849.II.543. — Secus, Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 224.

2. La jurisprudence déduit de sa théorie une double conséquence.

1° Les hypothèques nées du chef du vendeur, quand elles ont été purgées par l'acquéreur sous condition résolutoire, ne peuvent pas revivre si le rachat est exercé par un cessionnaire du vendeur : Cass. 14 avril 1847, D. P. 1847.I.217, Sir. 1847.I.341.

2° Le prix moyennant lequel le vendeur a renoncé à la faculté de rachat est une valeur mobilière comprise dans le gage commun de tous ses créanciers, et doit dès lors être distribué entre eux au marc le franc : Cass. 29 juin 1870, Sir. 1871.II.29, — 23 août 1871, D. P. 1873.I.321. Sir. 1871.I.118.

Au contraire, d'après certains auteurs, la purge est maintenue si le vendeur n'exerce pas le réméré, car l'acheteur devient propriétaire définitif, — et anéanti si le vendeur use de la faculté de rachat, car, le vendeur étant censé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire, les actes accomplis par l'acheteur en cette même qualité doivent disparaître. Laurent, *Principes*, XXXI, n° 427, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2346.

954. Voilà quels sont les acquéreurs qui peuvent purger. Terminons cette partie du sujet en signalant trois questions controversées qui s'y rattachent.

Première controverse.

955. Elle consiste à savoir si le droit de purger appartient au propriétaire qui a hypothéqué son immeuble pour la dette d'autrui, à la caution réelle, comme on l'appelle communément¹.

A l'inverse de la caution ordinaire, la caution dite réelle n'est pas tenue personnellement ; elle a engagé non sa personne, mais son bien. Elle n'est donc tenue qu'hypothécairement ; elle est, par conséquent, dès la constitution d'hypothèque, dans la situation où se trouve un tiers acquéreur en cas d'aliénation par le débiteur d'un immeuble antérieurement hypothéqué. Peut-elle, comme le tiers détenteur, purger l'immeuble ?

L'opinion à peu près unanime est qu'elle ne le peut pas. En effet, la caution réelle n'est pas un tiers détenteur dans la véritable acception du mot ; elle n'est pas le tiers-acquéreur, le nouveau propriétaire que supposent les articles 2181 et suivants. Puis elle a établi une hypothèque sur son immeuble pour la dette d'autrui ; elle doit garantir ce droit au créancier, à plus forte raison ne pas y porter atteinte. D'ailleurs, l'intérêt de la circulation des biens, qui seul explique et justifie le droit de purger donné aux tiers, n'apparaît pas en ce qui concerne la caution réelle. Donc elle n'a pas le droit de dégrever l'immeuble².

On admet, il est vrai, que la caution réelle peut, sur la poursuite, opposer l'exception de discussion de l'article 2170³. On admet aussi qu'elle peut délaisser l'immeuble dans les conditions de l'article 2172⁴. Mais elle ne peut pas purger, quoique les trois facultés soient accordées dans les mêmes cas.

1. *Suprà*, p. 123.

2. Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 240, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1272, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 841, texte et note 24, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 169 bis VIII, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2347.

3. *Suprà*, p. 336 et suiv.

4. *Infrà*, nos 1039 et suiv.

La distinction s'explique aisément. Ni la discussion, ni le délaissement ne portent vraiment atteinte aux droits du créancier ; la discussion ajourne momentanément l'exercice du droit de suite, le délaissement en change le mode d'exercice et rien de plus. Au contraire, la purge touche au droit lui-même, puisqu'elle aboutit à l'extinction de l'hypothèque. La caution réelle n'y peut donc recourir, parce qu'elle porterait atteinte au droit qu'elle a transmis et qu'elle doit garantir. Aussi, malgré l'analogie assurément grande qui existe entre la condition d'un tiers détenteur et celle d'une caution réelle, on refuse à celle-ci le droit de purger qu'on reconnaît à celui-là.

Deuxième controverse.

956. On discute la question de savoir si l'héritier pour partie et si le légataire universel ou à titre universel peuvent purger quand ils ont acquitté la part de dette dont ils sont tenus personnellement.

Si le débiteur défunt a laissé un seul héritier ou un seul légataire, la réponse n'est pas douteuse. L'héritier, le légataire ne peuvent pas purger, car ils sont tenus personnellement de toute la dette.

Si le défunt a laissé plusieurs héritiers, ceux-ci, aux termes de l'article 1220, sont personnellement tenus de leur part et ne peuvent l'être du tout qu'hypothécairement (article 873). L'héritier pour portion, le légataire pour portion peuvent-ils, s'ils ont payé leur part dans la dette, purger quand ils sont poursuivis hypothécairement ?

La question ne se pose pas seulement pour la purge. Nous l'avons rencontrée déjà à propos du bénéfice de discussion (article 2170)¹ et nous la retrouverons à propos du délaissement (article 2172)². Les éléments de discussion sont les mêmes dans les trois cas.

Si l'on s'en tient strictement aux termes de la loi, on devra admettre l'héritier, le légataire à purger. L'article 873 se prête à un syllogisme en forme. L'héritier, quand il a payé sa part, n'est plus tenu personnellement à la dette ; or le tiers détenteur qui n'est pas tenu personnellement peut purger ; donc le droit de purger appartient à l'héritier pour

1. *Suprà*, p. 338.

2. *Infrà*, n° 1039.

partie qui a acquitté sa part dans la dette avant les poursuites hypothécaires.

Cependant l'opinion contraire est généralement admise. Cela tient à ce que l'héritier partiaire n'est pas un tiers acquéreur, dans le sens légal que l'article 2181 attache à l'expression. Il est un représentant du défunt; il n'a pas une possession distincte de celle du défunt, une possession qui puisse le faire considérer comme tiers détenteur. Le débiteur défunt ne pouvait pas purger; l'héritier ne le pourra pas davantage, car, bien qu'il ne soit tenu personnellement que d'une part de la dette, il n'en est pas moins considéré comme le continuateur de la personne du défunt. Vainement objecterait-on qu'il représente le défunt seulement pour sa part; l'obligation de ne pas porter atteinte au droit hypothécaire est indivisible, comme le droit hypothécaire lui-même; et l'héritier ne saurait avoir plus de droits que son auteur.

Cette argumentation n'est assurément pas décisive. Toutefois la pratique paraît constante. Elle n'admet ni les héritiers, ni les légataires universels ou à titre universel à purger, même quand ils ont acquitté leur part dans la dette et ne sont plus tenus qu'hypothécairement.

La plupart des auteurs se rangent à cette manière de voir¹. Plusieurs d'entre eux cependant, tout en refusant le droit de purger, reconnaissent le droit d'opposer l'exception de discussion et de délaisser². La distinction, d'après eux, s'explique par les mêmes considérations qui la font généralement admettre à propos de la caution réelle³.

Troisième controverse.

957. Elle est importante en pratique et a été l'occasion de longs débats. Elle continue d'être vivement agi-

1. Sic : Demolombe, *Successions*, V, n° 75, — Aubry et Rau, 4^e édition, VI, p. 675, note 20, — Labbé, *Revue critique*, 1856, p. 211, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1273, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 169 bis VI, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2353.

En sens contraire : Troplong, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 390, — IV, n° 903 bis, — Laurent, *Principes*, XI, n° 70, — XXXI, n° 422, — Huc, *Droit civil*, V, n° 399, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 3963.

2. En ce sens Aubry et Rau, *loc. cit.*, texte et notes 19, 20 et 21.

3. *Suprà*, n° 955.

tée, bien qu'un arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation ait fixé la jurisprudence.

La question est de savoir si l'héritier qui acquiert sur licitation un immeuble de la succession peut purger les hypothèques grevant cet immeuble.

Si l'adjudication est faite au profit d'un étranger, il n'y a pas de doute. La licitation, à son égard, est une vente, rien qu'une vente ; l'adjudicataire doit transcrire son titre pour le rendre opposable aux tiers et peut, par conséquent, purger comme tout tiers acquéreur.

Mais que décider si c'est un des cohéritiers qui se porte adjudicataire ? La question ne se confond pas avec la précédente, quoiqu'elle en soit très voisine.

L'héritier ne peut pas purger les immeubles qu'il recueille à titre héréditaire, c'est-à-dire qui lui adviennent par l'effet du partage. Il les acquiert comme héritier ; or l'héritier ne peut pas purger, parce qu'il n'a ni ne peut avoir plus de droits que son auteur, même quand il a payé sa part dans la dette. Peu importe, dans ce cas, qu'il ait accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire ; la solution est la même dans les deux hypothèses.

Mais tel n'est pas le cas que nous avons supposé. Il ne s'agit pas d'un immeuble échu à l'héritier par l'effet du partage, qui lui advient par le lotissement et qu'il acquiert à titre héréditaire ; il s'agit d'un immeuble vendu sur licitation et acquis par l'héritier. Ou bien cet immeuble n'est pas partageable en nature ; ou bien il convient aux héritiers de le vendre ; bref, l'immeuble est mis en vente ; l'héritier se porte dernier enchérisseur et est déclaré adjudicataire.

Il acquiert sur vente publique volontaire. Par suite les privilèges et hypothèques subsistent. Peut-il purger ?

958. Non, s'il s'agit d'un héritier ayant accepté purement et simplement. Il ne paraît pas qu'aucun doute ait jamais existé sur ce point. En effet, aux termes de l'article 883, la licitation, quand l'adjudication intervient au profit d'un des cohéritiers, n'est qu'une opération du partage, c'est-à-dire un titre déclaratif : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets.... à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Donc le jugement d'adju-

dication n'est pas un acte translatif, mais seulement un acte de partage déclaratif; par suite, c'est à titre héréditaire que l'adjudicataire acquiert l'immeuble à lui adjugé.

De là une double conséquence.

D'une part, l'héritier ne peut pas purger, car un héritier ne peut pas purger les immeubles qu'il acquiert en cette qualité.

D'autre part, le jugement d'adjudication n'est pas soumis à la transcription, car, d'après la loi de 1855, les actes translatifs sont seuls assujettis à cette formalité. C'est effectivement ce que décide, en termes exprès, l'article 1 de la loi de 1855 : « Sont transcrits : 4° Tout jugement d'adjudication autre que celui rendu sur licitation au profit d'un « cohéritier ou d'un copartageant. »

Tout cela est de déduction absolument rigoureuse.

959. Maintenant en est-il de même — et nous touchons au point où la controverse apparaît — si c'est non plus un héritier pur et simple, mais un héritier bénéficiaire qui s'est rendu adjudicataire de l'immeuble licité ?

Non, répond la Cour de cassation. Le jugement d'adjudication est alors un titre translatif; ce n'est plus comme copartageant, comme héritier, que l'adjudicataire acquiert l'immeuble, mais comme simple acquéreur.

D'où cette double conséquence.

D'une part, il peut purger. La Cour de cassation l'a décidé par divers arrêts, notamment par un arrêt des Chambres réunies du 12 janvier 1876 ¹.

1. D. P. 1876.I.52, Sir. 1876.I.81.

Voy. pour la jurisprudence antérieure à l'arrêt de 1876: Cass. 26 février 1862, D. P. 1862.I.182, Sir. 1862.I.609, — 28 juillet 1862, D. P. 1862.I.371, Sir. 1862.I.988, — 22 juin 1870, D. P. 1870.I.413, Sir. 1870.I.323, — trib. de la Seine 6 août 1870, D. P. 1871.III.43, — Cass. 12 et 27 novembre 1872, D. P. 1873.I.197, Sir. 1873.I.86, — trib. de Melun 27 janvier 1873, D. P. 1873.I.197, — Cass. 3 février 1874, D. P. 1874.I.361.

Depuis 1876, la Chambre des requêtes a rendu un arrêt dans le même sens le 5 mars 1894, Sir. 1895.I.149.

La doctrine a généralement adopté l'opinion de la Cour de cassation. Voy. Labbé, *Revue critique*, 1873-1874, p. 337, — Demolombe, *Successions*, III, n° 191 bis, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 443 et 444, — III, p. 842, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n°s 1274 et 1274 bis, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 199, — Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, III, n° 4335, — Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2355.

Voyez en sens contraire Valette, *Revue pratique de droit*, 1875, p. 321 et

D'autre part, le jugement d'adjudication est soumis à la transcription. La Cour de cassation l'a décidé par les mêmes arrêts.

960. A la jurisprudence reçue on peut faire deux objections.

961. **Première objection.**— Elle résulte de la généralité des termes de l'article 883 du Code civil et de l'article 1-4° de la loi de 1855. Le premier dit que le copartageant qui se rend adjudicataire du bien licité l'acquiert comme copartageant, à titre héréditaire, et non comme acheteur; le second, qui n'est qu'un corollaire du premier, ajoute qu'alors le jugement d'adjudication n'est pas soumis à la transcription; ils ne font, ni l'un ni l'autre, aucune distinction. Pourquoi, dès lors, ne les appliquer que s'il s'agit d'un héritier pur et simple et non s'il s'agit d'un héritier bénéficiaire?

Les arrêts répondent de la manière suivante. L'héritier bénéficiaire, disent-ils, n'est pas tenu des dettes héréditaires sur ses propres biens; dès lors, il est plutôt un administrateur de la succession dans l'intérêt des créanciers qu'un véritable héritier; par suite, quand il acquiert un immeuble sur licitation, il se comporte comme un étranger, et par conséquent le jugement d'adjudication est pour lui un titre translatif.

A cette réponse, il y a deux répliques à faire.

D'abord, les affirmations produites sont singulièrement contestables. L'argument ne tend à rien moins qu'à retirer à l'héritier bénéficiaire sa qualité d'héritier, ce qui est au moins singulier. Sans doute il n'est tenu des dettes qu'*intra vires*; mais c'est une erreur absolue d'en conclure qu'il est un simple administrateur de la succession pour le compte des créanciers, et que, par suite, il se comporte comme un étranger. L'héritier bénéficiaire est propriétaire des biens héréditaires, débiteur des dettes héréditaires, investi de tous les droits d'un propriétaire et soumis à toutes les obligations d'un débiteur, sauf qu'il est autorisé à ne payer que dans la mesure des biens recueillis.

En outre, même s'il était vrai que l'héritier bénéficiaire fût un simple administrateur, n'ayant pas la qualité de pro-

suiv. (*Mélanges*, I, p. 491 et su v.); — cpr. une consultation du même auteur dans D. P. 1873. I. 197 (*Mélanges*, II, p. 143 et suiv.).

priétaire des biens héréditaires, quelle influence cette conception pourrait-elle avoir en ce qui concerne la nature et les effets de l'adjudication sur licitation ? L'argumentation, si elle était exacte, aboutirait à considérer l'article 883 comme complètement inapplicable à l'héritier bénéficiaire, et à lui reconnaître le droit de purger non seulement l'immeuble acquis sur licitation, mais encore les biens par lui recueillis pour sa part dans la succession par suite du lotissement. Pourquoi, s'il est vrai qu'il se comporte comme un étranger, ne pas étendre aux biens mis dans son lot la solution qu'on adopte pour ceux qu'il acquiert sur licitation ? Or personne n'admet cette conséquence ; et cela prouve que le raisonnement sur lequel on s'appuie n'est pas vraiment décisif.

962. L'arrêt de 1876 se place à un autre point de vue. Pour écarter l'application de l'article 883 du Code civil et de l'article 1-4° de la loi de 1855, il invoque le caractère relatif du principe d'après lequel l'effet du partage est déclaratif. La loi de 1855, dit l'arrêt, en tant qu'elle soustrait à la transcription les jugements d'adjudication rendus au profit d'un copartageant, est un corollaire de l'article 883 ; or cet article ne concerne que les rapports des copartageants entre eux et non leurs rapports avec les tiers ; donc les deux dispositions sont étrangères aux rapports de l'héritier adjudicataire avec les créanciers inscrits, au regard desquels l'adjudication reste un acte attributif, soumis comme tel à la transcription.

On lit dans l'arrêt : « Si le jugement d'adjudication sur
« licitation au profit d'un copartageant doit, sans être sou-
« mis à la... transcription..., produire les effets qui sont la
« conséquence du principe posé dans l'article 883 du Code
« civil, la disposition de ce dernier article et la fiction qu'il
« a admise sont sans influence sur les rapports de l'adjudica-
« taire avec les créanciers inscrits sur l'immeuble ; à leur
« égard, l'adjudicataire sur licitation, quand il n'a accepté
« la succession que sous bénéfice d'inventaire, est un tiers
« détenteur, qui, à ce titre, peut leur offrir le prix déterminé
« par l'adjudication pour parvenir à la purge, conformément
« aux articles 2181 et suivants du Code civil. »

Par conséquent, il n'y aurait pas lieu à transcription au point de vue du dessaisissement de l'ancien propriétaire,

c'est-à-dire au point de vue des rapports des cohéritiers entre eux ; le droit à payer par l'héritier adjudicataire ne serait pas le droit proportionnel de mutation entre-vifs, mais le droit gradué de partage. Au contraire, il y aurait lieu à transcription à l'égard des créanciers hypothécaires ; en effet, par rapport à eux il n'y a pas partage, mais translation, de sorte que l'héritier bénéficiaire acquiert, à leur regard, comme adjudicataire étranger, d'où résulte qu'il a le droit de purger et l'obligation de transcrire.

Le raisonnement est assurément bien construit. Seulement, si la solution adoptée découle ainsi de la théorie du partage déclaratif, pourquoi l'admettre seulement au cas d'acceptation bénéficiaire et l'écarter au cas d'acceptation pure et simple ? Dans les deux hypothèses la situation doit être la même, car le caractère déclaratif du partage n'a pas une portée différente selon que l'héritier accepte purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Alors ce n'est pas seulement l'héritier bénéficiaire qui, dans ses rapports avec les créanciers inscrits, devra transcrire et pourra purger ; c'est aussi l'héritier pur et simple.

Il faut aller plus loin. Si la solution adoptée se rattache à la théorie du partage déclaratif, pourquoi l'appliquer seulement au cas de licitation et ne pas l'étendre au cas de partage par lotissement ? Les principes sont identiques dans les deux cas.

Mais alors que va devenir l'article 4-4° de la loi de 1855 ? Il se trouve absolument écarté dans les rapports avec les créanciers inscrits. La jurisprudence s'est engagée dans une voie qui peut conduire jusqu'à écarter des textes formels.

963. Seconde objection. — La thèse de la jurisprudence présente un inconvénient de fait trop grave pour qu'on puisse admettre que le législateur ait entendu la consacrer. Cette thèse n'est pas seulement importante, au point de vue civil, quant au point de savoir si l'héritier bénéficiaire acquéreur sur licitation peut purger. Elle a, en outre, des conséquences fiscales. C'est l'Administration de l'Enregistrement qui a obtenu les arrêts cités, notamment celui de 1876. Voici à quel propos.

Si le jugement d'adjudication sur licitation au profit d'un héritier bénéficiaire est un acte translatif, soumis comme tel à la transcription, l'adjudicataire devra acquitter le

droit de transcription, qui est de 1 franc 50 0/0 et qui s'ajoute au droit d'enregistrement (loi du 28 avril 1816, article 54). Voilà un effet du bénéfice d'inventaire auquel l'héritier devra bien réfléchir s'il se propose d'acquérir un immeuble héréditaire mis en licitation. Accepte-t-il sous bénéfice d'inventaire, il paiera 1 franc 50 0/0 de plus que s'il avait accepté purement et simplement. Or on se rappelle que les mineurs ne peuvent accepter que sous bénéfice d'inventaire les successions à eux échues (article 461); d'où cette conséquence inévitable, mais singulière, que les mineurs sont soumis, de par la loi, à des frais fiscaux auxquels les majeurs échappent. N'est-ce pas une énormité? C'est, à coup sûr, une singulière façon de protéger les mineurs. La Cour de cassation n'a pas reculé devant cette conséquence de sa doctrine; la plupart des arrêts rendus sur la question, notamment celui de 1876, déclarent la solution applicable à tous les héritiers bénéficiaires, même aux mineurs ¹.

964. De quelque façon qu'on envisage cet important débat, on peut affirmer que la jurisprudence n'a pas dit son dernier mot. Ou elle étendra sa thèse au cas de partage par lotissement et au cas d'acceptation pure et simple, en se fondant sur la relativité du caractère déclaratif des partages, ou elle reviendra sur sa jurisprudence au cas de partage par licitation et d'acceptation sous bénéfice d'inventaire. Si elle persiste dans sa manière de voir, il deviendra urgent de modifier l'article 461, qui n'autorise d'autre acceptation pour les mineurs et interdits que l'acceptation bénéficiaire; car il serait trop étrange que la garantie réservée aux mineurs devint pour eux l'occasion de charges fiscales auxquelles échappent les majeurs.

Quoi qu'il en soit, telle est la jurisprudence actuelle. Quant aux biens acquis par lotissement, ni l'héritier pur et simple, ni l'héritier bénéficiaire ne peuvent purger. Quant aux biens acquis sur licitation, l'héritier pur et simple n'a pas le droit de purger, mais ce droit appartient à l'héritier sous bénéfice d'inventaire.

Troisième question. — *Quelles sont les formalités de la purge?*

965. Relativement à la procédure, aux formalités à remplir,

1. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 497.

il existe, comme nous l'avons constaté dès le début¹, trois sortes de purges.

966. La première est la purge des hypothèques inscrites. C'est la purge de droit commun, dite ordinaire, dans laquelle l'acquéreur connaît les créanciers et s'adresse à chacun d'eux au moyen de notifications individuelles. Cette purge ordinaire fait l'objet du chapitre VIII (articles 2181 à 2192). Elle s'applique seule aux hypothèques soumises à l'inscription, en d'autres termes aux hypothèques conventionnelles et judiciaires, puis aux hypothèques légales non dispensées d'inscription. Elle est aussi seule applicable aux hypothèques dispensées d'inscription si elles ont été inscrites en fait, soit par la femme, le mineur ou l'interdit, soit par ceux qui ont la charge ou le droit d'inscrire en leur nom².

967. La seconde espèce de purge est la purge des hypothèques non inscrites, autrement dit de celles des femmes, des mineurs et des interdits, quand il n'a pas été pris d'inscription. Elle fait l'objet du chapitre IX (articles 2193 à 2195).

L'application de cette purge est spéciale et limitée. La pratique l'appelle purge légale. Dénomination impropre, car cette purge n'a rien de plus légal que l'autre.

L'usage de l'appeler ainsi paraît tenir à l'habitude où l'on est communément de confondre les hypothèques légales avec les hypothèques dispensées d'inscription. Or cette confusion ne doit pas être faite³; il suffit pour s'en convaincre de relire l'article 2134 : « Entre les créanciers, l'hypothèque « soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle n'a de rang « que du jour de l'inscription prise par le créancier,.... sauf « les exceptions portées à l'article suivant. »

Une autre explication a été proposée. La purge légale, a-t-on dit, est ainsi nommée parce que, à l'inverse de la purge ordinaire, à laquelle on ne recourt que s'il existe en fait des inscriptions, on procède à celle-ci de plein droit, légalement, sans rechercher s'il y a des hypothèques, pour le cas où il y en aurait, à tout événement. L'acquéreur ne remplit les formalités de la purge ordinaire qu'à l'égard des hypo-

1. *Suprà*, n° 939, p. 341.

2. *Suprà*, p. 209 et suiv., 214 et suiv. — Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 847, texte et note 38, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privi- lèges et hypothèques*, III, n° 2391.

3. *Suprà*, n° 713, p. 176.

thèques inscrites, s'il y en a d'inscrites. Si un acheteur, après avoir transcrit son titre afin qu'aucune inscription ne puisse désormais être prise du chef de son vendeur, se fait délivrer par le conservateur des hypothèques un certificat négatif, constatant qu'il n'y a pas d'inscription sur l'immeuble, il n'a pas à purger dans les termes du chapitre VIII, puisque l'immeuble n'est grevé d'aucune charge hypothécaire ; mais il procède à la purge dans les termes du chapitre IX.

Quelle que soit la cause de l'usage, il est général.

Il y a donc lieu cumulativement aux deux purges s'il existe des inscriptions. En l'absence d'inscriptions, il ne peut être question que de la purge dite légale.

968. La troisième espèce de purge est la purge spéciale établie au profit des sociétés de crédit foncier en cas de prêts hypothécaires (décret-loi des 28 février-9 avril 1852, article 19, modifié par l'article 19 de la loi du 10 juin 1853) ¹.

1. La purge établie par l'article 19 du décret-loi de 1852 est ouverte à toutes les sociétés de crédit foncier autorisées conformément à ce décret-loi. Cependant on a coutume de mentionner cette purge comme organisée au profit d'une seule société, celle du *Crédit foncier de France*. Voy. ce que nous avons dit nous-mêmes, *suprà*, nos 841 et 947.

Cette habitude s'explique par deux motifs [Voy. pour les détails Cauwès, *Cours d'économie politique*, 3^e édition, II, p. 436 et suiv. ; — cpr. le *Répertoire des Pandectes françaises*, v^o *Crédit foncier*, nos 11, 25 et 28].

1^o Le *Crédit foncier de France* a été investi d'un monopole de 1852 à 1877. — Dès la fin de 1852 et par application du décret-loi des 28 février-9 avril de la même année, diverses sociétés de crédit foncier s'étaient constituées, notamment la *Banque foncière de Paris*. Or un décret-loi des 19 décembre 1852-9 mai 1853 (D. P. 1853.IV.75) a autorisé cette *Banque* à prendre le nom de *Crédit foncier de France* et à absorber toutes les sociétés existantes de crédit foncier ; puis ce décret a conféré privilège au *Crédit foncier* pour vingt-cinq ans.

2^o Bien que le monopole légal du *Crédit foncier* ait expiré en 1877, cet établissement n'en continue pas moins à exercer un monopole de fait. — Une société rivale, la *Banque hypothécaire*, organisée en 1879, a été rachetée par le *Crédit foncier* en 1882. Et s'il existe, à l'heure présente, quelques sociétés de crédit foncier autres que le *Crédit foncier de France*, la plupart sont des sociétés libres, qui n'ont pas été autorisées conformément au décret-loi de 1852 et qui ne peuvent faire de prêts hypothécaires que selon le droit commun (*Compagnie foncière de France*, *Rente foncière*, etc.). Des deux seules qui soient autorisées, l'une, le *Sous-Comptoir des entrepreneurs*, est une simple annexe du *Crédit foncier de France*, — l'autre, le *Crédit foncier et agricole de l'Algérie*, fonctionne à la fois comme une société libre et comme une société dépendante du *Crédit foncier*. Ce dernier jouit, en définitive, d'un véritable monopole de fait.

Dès lors, on comprend que la purge spéciale qui nous occupe soit habituellement signalée comme établie seulement au profit du *Crédit foncier*.

Toutefois, cette manière de parler n'est pas juridiquement exacte. Et cela pour deux raisons.

En premier lieu, le monopole du *Crédit foncier* n'est qu'un monopole de

Elle diffère des deux précédentes sous trois rapports.

1° Au lieu d'être effectuée par l'acquéreur de l'immeuble, comme les deux précédentes, elle est opérée par un créancier hypothécaire, par un prêteur sur hypothèque ¹.

2° Au lieu d'être faite à la suite d'une aliénation de l'immeuble par le débiteur, elle intervient lors d'un emprunt contracté par le propriétaire, par conséquent, en dehors de toute aliénation ².

3° A raison même de ces deux particularités, les formes diffèrent, sont spéciales.

969. Il y a donc trois espèces de purges. Etudions-les séparément.

A. — PURGE ORDINAIRE OU PURGE DES HYPOTHÈQUES INSCRITES

970. Elle forme le droit commun. Sur les deux autres nous n'aurons qu'à signaler les particularités qui les distinguent. D'ailleurs, nous passerons rapidement sur ces règles, qui sont de pure procédure.

Les formalités de la purge s'expliquent toutes par l'objet et le but de la procédure. La purge, avons-nous dit, consiste à mettre les créanciers en demeure de se contenter de la somme offerte, ou d'exercer sur le champ leur droit hypothécaire sous la forme de la surenchère. Voilà son objet. Les formalités exigées ont pour but de fournir aux créanciers les renseignements dont ils ont besoin afin d'opter entre les deux partis qu'ils peuvent prendre, afin d'apprécier en connaissance de cause ce que la situation comporte.

Suivons ces formalités dans l'ordre où elles doivent être remplies.

Rappelons d'abord que l'acquéreur peut recourir à la purge immédiatement après l'acquisition, avant les pour-

fait, qui peut prendre fin. Toute société nouvelle qui obtiendrait l'autorisation conformément au décret-loi des 28 février-9 avril 1852 serait régie par ce décret-loi et par la loi du 10 juin 1853.

En second lieu, ce monopole de fait n'existe, à l'heure actuelle même, qu'en ce qui concerne la France métropolitaine et l'Algérie. Pour les colonies autres que l'Algérie, il existe un *Crédit foncier colonial*, autorisé par décret du 31 août 1863, auquel le décret-loi des 28 février-9 avril 1852 et la loi du 10 juin 1853 sont applicables. Voy. *Pandectes françaises, loc. cit.*, nos 538 et suiv., spécialement n° 557.

Donc il reste vrai de dire que la purge spéciale est applicable aux sociétés de crédit foncier autorisées, et pas seulement à la société du *Crédit foncier de France*.

1-2. *Suprà*, p. 347.

suites des créanciers hypothécaires. Même il agira le plus ordinairement ainsi ; il lui importe de sortir au plus tôt d'incertitude, de liquider vite la situation, et c'est dans ce but qu'il va mettre les créanciers en demeure de surenchérir, ce qui est pour eux un moyen d'exercer leur droit de suite.

L'acquéreur peut aussi recourir à la purge après les poursuites ; mais il doit le faire dans les trente jours au plus tard (article 2183) ; passé ce délai, les créanciers recouvrent leur droit de saisie et peuvent faire mettre l'immeuble aux enchères (article 2169)¹. La faculté de purger ne doit pas dégénérer en un moyen donné à l'acquéreur d'interrompre indéfiniment et de rendre vaines les poursuites commencées. Une fois le sursis de trente jours expiré, les créanciers sont autorisés à saisir directement.

971. Voici maintenant la série des formalités à remplir. Elles sont extrêmement simples.

La purge est une procédure en trois actes. Dans le premier acte, c'est le tiers détenteur qui agit ; dans le second, les créanciers interviennent ; dans le troisième, l'autorité judiciaire apparaît.

Premier acte.

972. Il comprend deux formalités.

Première formalité.

973. L'acquéreur qui veut purger doit faire transcrire son titre (article 2181). La transcription est la première formalité de la purge.

Le texte dit qu'il doit transcrire son contrat ; mais nous avons observé déjà² qu'il vaut mieux dire : son titre. En effet, il se peut que le document à transcrire ne soit pas un contrat, mais un acte, par exemple un testament si le détenteur de l'immeuble est légataire, un jugement s'il est adjudicataire sur vente publique volontaire. Les rédacteurs du Code civil ont pensé plus spécialement au cas de vente, et c'est pour cela que l'article 2181 parle de transcrire le contrat.

974. Depuis la loi du 23 mars 1855, l'utilité de cette pres-

1. Ce délai, qui est de rigueur, court à compter de la première sommation de payer ou de délaisser, même avant que le nouveau propriétaire ait fait transcrire son contrat : Nancy 16 juin 1883, *La Loi* du 5 juillet 1883.

2. *Suprà*, p. 348.

cription s'explique aisément. En effet, avant de songer à libérer l'immeuble des charges qui le grèvent, il est naturel d'aviser à ce qu'il ne puisse pas en naître de nouvelles du chef de l'aliénateur ; or c'est la transcription seule qui arrête le cours des inscriptions du chef du précédent propriétaire. Dès que l'acquéreur a transcrit, aucune hypothèque nouvelle ne peut se révéler ; l'acquéreur n'a plus qu'à se débarrasser de celles qui existent.

Sous l'empire du Code civil, qui n'avait pas maintenu la nécessité de la transcription, l'article 2181 était difficile à expliquer ; c'était un vestige de la loi de brumaire. Aujourd'hui encore il se justifie mal pour les actes qui transfèrent des droits opposables aux tiers indépendamment de toute transcription, comme le testament ; les inscriptions ne peuvent pas être prises après le décès au détriment du légataire.

La seule explication qu'on pût donner avant 1855, la seule qu'on puisse donner aujourd'hui pour le testament, est la suivante. Il importe que les créanciers puissent s'assurer sans équivoque des conditions de la transmission, vérifier si les notifications que va leur signifier l'acquéreur sont régulières et complètes ; or il est indispensable pour cela que le créancier transcrive son titre, son testament s'il est légataire ¹.

Que cette explication soit ou non satisfaisante, l'article 2181 est formel et général.

975. L'article 2182 prend le soin bien inutile d'ajouter : « La transcription des titres translatifs de propriété sur le « registre du conservateur ne purge pas les hypothèques et « privilèges établis sur l'immeuble. »

Cela n'avait pas besoin d'être dit. La transcription n'est pas la purge, mais la première formalité de la purge.

976. La question est discutée de savoir si l'acquéreur qui veut purger est tenu de faire transcrire, en même temps que son titre, ceux des précédents propriétaires, lorsque ceux-ci ont négligé de le faire, ou bien s'il suffit qu'il fasse transcrire son propre titre. Par exemple, un immeuble est vendu à *Primus*, qui n'a pas transcrit ; il est revendu à *Secundus*,

¹ Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1291, — Labbé, *Revue critique*, 1873-1874, p. 354 et suiv. — Cass. 6 février 1889, D. P. 1889.I.299, Sir. 1889. I.385.

qui ne transcrit pas davantage, puis à *Tertius*, qui veut purger. Ce dernier doit-il transcrire les titres des deux propriétaires précédents ? Avant la loi de 1855, la jurisprudence, malgré les dissidences des auteurs, résolvait la question par la négative ; en effet, disait-elle, l'article 2181 n'impose au tiers acquéreur que la transcription de son propre titre ¹. Sous l'empire de la loi de 1855, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement ². Seulement, il sera toujours prudent de transcrire les titres des précédents propriétaires. La purge, en effet, ne sera efficace que si les notifications sont faites à tous les créanciers ; or si les titres des précédents propriétaires ne sont pas transcrits, des inscriptions pourront toujours être prises utilement de leur chef ³.

Seconde formalité.

977. L'acquéreur doit notifier aux créanciers inscrits, à chacun d'eux individuellement, aux termes de l'article 2183, un certain nombre de renseignements ⁴. Les notifications doivent être faites au domicile élu dans l'inscription ; c'est même en vue de ces notifications et pour les faciliter que l'article 2148 exige l'élection de domicile.

978. Trois pièces doivent être produites.

1° Le tiers acquéreur doit notifier un extrait de son titre d'acquisition (article 2183-1°), afin que les créanciers aient en mains et puissent apprécier tous les éléments de la situation, afin qu'ils sachent sans équivoque à qui ils ont affaire et à propos de quels immeubles ⁵.

1. Duranton, *Droit français*, XX, n° 360, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 541, texte et note 7. — Cass. 28 mai 1807, Sir. 1807.I.295. — 13 décembre 1813, Sir. 1814.I.46, — 14 janvier 1818, Sir. 1818.I.300.

2. En ce sens : Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 467 à 469, texte et note 99, — Paul Gide, *Revue critique*, 1865, p. 372 et suiv., — Demolombe, *Contrats*, I, n° 465, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1555, — III, n° 2077. — Dijon 10 juin 1891, D. P. 1892.II.469.

En sens contraire, Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 265, — II, n° 1292, — Flandin, *Transcription*, II, nos 887 et 892, — Verdier, *Transcription*, II, nos 344 et 345.

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 850, note 1 bis, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2394. — Cpr. Bordeaux 16 mai 1859, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1310.

4. La dispense d'effectuer les notifications de l'article 2183 ne peut résulter que d'un accord des créanciers, consigné par le juge-commissaire, et mentionné dans son procès-verbal : Amiens 3 février 1887, sous Cass. 4 juin 1889, Sir. 1890.I.65.

5. Le propriétaire doit faire connaître, dans l'extrait de son titre, les charges qui forment un élément du prix de vente et sur lesquelles le créancier

2° Le tiers acquéreur doit notifier un extrait de la transcription de l'acte de vente (article 2183-2°). Ajoutons : ou de tout autre titre d'acquisition, car il n'y a pas que les acheteurs qui purgent. Ce que le texte appelle ici un extrait de la transcription est un certificat de transcription délivré par le conservateur des hypothèques.

La transcription, ou copie du titre, ne contient rien de plus que le titre ; par conséquent, l'extrait de la transcription n'ajoute rien à l'extrait du titre exigé par le 1° de l'article 2183. L'article 30 de la loi de brumaire exigeait la production d'un certificat de transcription ; c'est probablement là ce que l'article 2183-2° a entendu dire. En d'autres termes, la formalité étant indispensable, il faut en constater l'accomplissement. C'est ainsi que la pratique comprend le 2° de notre article.

3° Enfin le tiers acquéreur doit notifier aux créanciers « un tableau sur trois colonnes, dont la première contiendra « la date des hypothèques et celle des inscriptions, la seconde le nom des créanciers, la troisième le montant « des créances inscrites » (article 2183-3°).

« *La date des hypothèques* », c'est-à-dire des constitutions d'hypothèques. Cette date a une influence sur la validité des hypothèques. Or chaque créancier a intérêt à savoir ce que valent les hypothèques qui le priment.

« *La date des inscriptions* ». Elle détermine le rang des hypothèques et fait apparaître, par conséquent, l'intérêt de chacun à surenchérir. Pourquoi le créancier qui vient en ordre utile formerait-il surenchère ?

« *Le montant des créances* ». Chaque créancier juge s'il a des chances d'être payé d'après le prix offert, en voyant ce qui est dû à ceux qui le précèdent ; il apprécie s'il peut se contenter de l'offre ou s'il a intérêt à surenchérir.

979. En pratique, le même acte, d'ordinaire, contient ces trois documents. Il se termine par la déclaration dont parle l'article 2184 : « L'acquéreur ou le donataire déclarera par « le même acte, qu'il est prêt à acquitter sur le champ, les « dettes et charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seu-

qui veut surenchérir doit faire porter sa soumission : Cass. 14 novembre 1894, D. P. 1896.I.513 (note de M. de Loynes), Sir. 1896.I.137 (note de M. Albert Tissier).

« lément du prix sans distinction des dettes exigibles ou non « exigibles. »

« *Jusqu'à concurrence du prix* ». Il faut ajouter : et du montant des intérêts à partir de l'offre qui a été faite. Les créanciers hypothécaires ont, comme tels, droit aux fruits de l'immeuble ou aux intérêts du prix qui représente l'immeuble, à partir du moment où leurs hypothèques se réalisent (article 682 C. proc. civ. et 2176 C. civ.). Or elles se réalisent, en cas de purge, par l'effet de l'offre, que celle-ci soit faite sur la poursuite des créanciers hypothécaires ou spontanément ¹.

« *Sur le champ* ». Autrement dit, sans distinguer entre les créances exigibles et celles qui ne le sont pas. Car il faut bien laisser courir les délais de la procédure, que le terme ait été stipulé dans l'intérêt du débiteur ou du créancier (article 1187) ². Sans l'article 2184, la faculté de purger eût été souvent entravée ; les créanciers à terme auraient pu empêcher de l'exercer ³.

980. D'après l'article 2183, ces notifications sont faites par l'acquéreur. Cela n'est pas tout à fait exact. Il les fait faire, car il entre dans les attributions des avoués d'y procéder ; le tiers détenteur qui veut purger constitue avoué à cet effet.

L'article 832 du Code de procédure dispose que les notifications prescrites par les articles 2183 et 2185 doivent être signifiées par huissier commis sur requête par le président du tribunal de l'arrondissement dans lequel elles ont lieu. Elles doivent contenir, aux termes de cet article, constitution d'avoué près le tribunal devant lequel la surenchère et l'ordre seront portés.

981. Toutes ces notifications tendent à un but unique,

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 734 et 735, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 204. — Cass. 1^{er} mars 1870, D. P. 1870.I.262, Sir. 1870.I.193, — Bordeaux 21 février 1893, D. P. 1893.II.361, — Grenoble 20 janvier 1894, D. P. 1894.II.473 (note de M. de Loynes), Sir. 1895.II.201 (note de M. Dalmbert).

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1318, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 860, texte et note 32, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2415. — Grenoble 27 mai 1868, D. P. 1869.II.465, Sir. 1869.II.21, — Chambéry 28 novembre 1870, D. P. 1872.II.79, Sir. 1871.II.63, — Cass. 27 janvier 1885, D. P. 1885.I.373, Sir. 1886.I.109, — trib. de la Seine 16 mai 1893, D. P. 1893.II.553, — Grenoble 20 janvier 1894, D. P. 1894.II.473, Sir. 1895.II.201, — Cass. 31 décembre 1895, D. P. 1896.I.257.

3. Un arrêt admet qu'il peut être dérogé à la règle de l'article 2184 lorsque la clause qui retarde l'exigibilité de la créance a été insérée dans l'intérêt d'un tiers : Bordeaux 2 février 1892, D. P. 1892.II.527.

qui est de mettre chacun des créanciers à même de reconnaître s'il peut se contenter de la somme offerte, c'est-à-dire s'il vient en ordre utile sur cette somme, ou s'il doit songer à surenchérir ¹.

Deuxième acte.

982. Les créanciers entrent en scène.

La signification qui leur est faite sert de point de départ à un délai pendant lequel ils doivent prendre parti. C'est en cela que consiste essentiellement la purge. Ce délai, dans la purge des hypothèques inscrites, est de quarante jours, plus une augmentation à raison des distances (article 2185-1^o) ².

Si aucun des créanciers ne surenchérit dans ce délai, l'immeuble est purgé, en ce sens que le prix est fixé et que les créanciers n'ont plus de droit que sur le prix (article 2186). Ils ne peuvent plus rien exiger au delà ; mais ils ont droit à la somme offerte, car l'offre faite et acceptée forme contrat entre eux et l'acquéreur ³.

Si, au contraire, un des créanciers surenchérit, parce que la somme offerte lui paraît insuffisante, l'immeuble est mis aux enchères. L'adjudication fixe définitivement le prix, et un ordre est ouvert pour la distribution de ce prix. C'est la surenchère sur aliénation volontaire, ou surenchère du dixième. Les créanciers inscrits peuvent seuls la former, car la surenchère est une des formes d'exercice du droit de suite ⁴.

1. Les règles de forme auxquelles la purge est assujettie étant prescrites dans l'intérêt des créanciers hypothécaires, ceux-ci peuvent renoncer à se prévaloir de la nullité résultant de l'inobservation de ces règles : Cass. 4 mai 1892, D. P. 1894. I. 84.

Les notifications, du reste, peuvent être annulées au regard d'un créancier et validées au profit de ceux qui n'ont pas relevé la nullité : Paris 10 juillet 1895, D. P. 1896. II. 248.

2. Ce délai de quarante jours est réduit à dix jours quand il s'agit d'hypothèques maritimes : dix jours à partir de la notification (loi du 10 juillet 1885, article 21).

3. Ce contrat judiciaire se forme dès les notifications elles-mêmes et indépendamment de toute acceptation des créanciers. Par cela seul que l'acquéreur a signifié ses offres, il ouvre aux créanciers le droit de surenchère pendant le délai imparti par la loi. Il ne peut donc, sans leur consentement, se rétracter et refuser de payer son prix. Baudry-Lacantinerie et de Loyne, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2427 ; — Paris 8 décembre 1874, *Le Droit* du 24 février 1875, — Cass. 9 avril 1878, D. P. 1878. I. 372, Sir. 1878. I. 319, — trib. de la Seine 16 mai 1893, D. P. 1893. II. 553.

4. *Suprà*, p. 310.

983. L'article 2185 détermine les conditions auxquelles cette surenchère est subordonnée.

Elles sont au nombre de cinq. Toutes s'expliquent comme ayant pour but de concilier, dans la mesure du possible, les intérêts en présence.

Si on n'écoutait que les créanciers, le droit de surenchère devrait être d'exercice facile et rester absolument libre. Nous avons déjà dit¹ qu'il est un élément essentiel de la sécurité des prêts hypothécaires, et le correctif nécessaire du droit de purger reconnu aux tiers acquéreurs. Sans la faculté de surenchérir, les créanciers seraient à la merci du débiteur, qui, par impéritie ou par fraude, vendrait l'immeuble hypothéqué au-dessous de sa valeur. Il semble donc qu'il ne faille pas entraver leur droit à cet égard.

D'un autre côté, il faut aussi tenir compte du tiers acquéreur, qui doit pouvoir compter sur la stabilité du droit acquis s'il offre aux créanciers une somme suffisante, autrement dit le juste prix de l'immeuble, et qui ne doit être exposé à l'expropriation que si l'offre faite par lui est vraiment insuffisante.

Enfin, dans l'intérêt de tous, même des créanciers, la surenchère ne doit être autorisée — car elle entraîne des frais et un trouble dans la situation — que s'il y a probabilité ou du moins vraisemblance sérieuse qu'on obtiendra de la vente sur surenchère une somme supérieure à celle originairement offerte.

La prudence exige donc, le droit de surenchère étant reconnu aux créanciers, que l'exercice en soit subordonné à des conditions assurant qu'il ne sera exercé qu'à bon escient.

De là les cinq conditions exigées par l'article 2185. Toutes sont prescrites à peine de nullité de la surenchère : « Le tout, dit l'article 2185 *in fine*, à peine de nullité. »

Première condition.

984. La surenchère, pour être recevable et valable, doit être faite dans les quarante jours (article 2185-1°). Elle doit être notifiée au « nouveau propriétaire », lit-on dans la première ligne de l'article 2185. Plus exactement il faut dire : à

1. *Suprà*, p. 316.

l'avoué constitué par le tiers détenteur ; en effet, la purge se fait par ministère d'avoué (article 832 C. proc. civ.).

Il est facile de comprendre pourquoi la loi a imposé ce délai. Il fallait mettre un terme à l'incertitude du tiers détenteur, tout en laissant aux créanciers le temps de vérifier leurs chances de paiement eu égard à la somme offerte. Le délai de quarante jours a paru concilier toutes les exigences¹.

985. Si les notifications ont toutes été faites à une date unique et que tous les créanciers soient domiciliés au même endroit, le délai est unique. Mais les notifications ont pu être faites successivement, à des dates différentes ; d'autre part, il peut arriver que les créanciers soient domiciliés dans des endroits différents, et le délai est sujet à des variations à raison des distances. Dès lors, le droit de surenchérir continuera parfois d'appartenir à l'un des créanciers tandis qu'un autre l'aura perdu. Ce droit, en effet, est individuel ; chaque créancier le possède dans le délai qui lui est propre et qui court, pour chacun, de la notification prévue par les articles 2183 et 2184. Mais, dès l'instant que le droit de surenchérir est exercé par l'un des créanciers, la surenchère profite à tous, puisqu'elle se traduit par la mise aux enchères de l'immeuble et puisque l'ordre doit s'ouvrir sur le prix offert par le plus fort et dernier enchérisseur.

Aussi l'article 2190 décide-t-il que « le désistement du « créancier requérant la mise aux enchères ne peut, même « quand le créancier payerait le montant de la soumission, empêcher l'adjudication publique, si ce n'est du « consentement exprès de tous les autres créanciers hypothécaires ».

L'article 833 du Code de procédure, modifié par la loi du 2 juin 1841, ajoute qu'en cas de surenchère notifiée dans les formes régulières de l'article 832 chacun des créanciers inscrits a le droit de se faire subroger à la poursuite, si le créan-

1. Le délai de quarante jours, n'étant pas un délai de prescription, court contre toute personne, même contre les mineurs et interdits. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 874, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 206, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2455.

Conformément au droit commun, le *dies a quo* n'est point compté dans les quarante jours, mais seulement le *dies ad quem*. Toutefois, si ce dernier tombait un jour férié, le délai n'expirerait que le lendemain (article 1033, modifié par la loi du 13 avril 1895).

cier surenchérisseur ou le nouveau propriétaire ne donne pas suite à l'action dans le mois de la surenchère. Ce droit de subrogation reste ouvert au profit des créanciers lorsque, dans le cours de la poursuite, il y a eu collusion ou négligence de la part du poursuivant.

Le motif qui a inspiré cette disposition est simple. Lorsqu'une réquisition est faite par un créancier, de même que quand une saisie est opérée, les autres créanciers n'ont pas besoin de la renouveler ; les y forcer serait imposer des frais inutiles. Le premier requérant agit donc au nom de tous ; il ne peut dépendre ensuite de lui de se désister, soit par caprice, soit en colludant avec le débiteur, surtout quand les autres, croyant leurs intérêts sauvegardés, ont laissé expirer le délai pour agir eux-mêmes.

986. Une autre fraude reste possible, dont la pratique offre plus d'un exemple. Le surenchérisseur, s'il est de connivence avec l'acquéreur, peut glisser une nullité dans la réquisition de manière à vicier la surenchère (article 2185 *in fine*). Le tiers détenteur n'invoquera cette nullité qu'après l'expiration des délais, à un moment où les autres créanciers seront forclos. Grâce à ce stratagème, le détenteur n'aura plus rien à craindre. Il en est de cette fraude comme de toutes les autres ; elle donne lieu à des dommages-intérêts si elle est prouvée.

Deuxième condition.

987. La surenchère n'est recevable que si elle est au moins du dixième de la somme offerte comme prix ou comme estimation de l'immeuble acquis (article 2185-2°). Le tiers détenteur a offert 100.000 francs ; la surenchère n'est recevable que si elle porte le prix à 110.000 francs¹.

Il fallait, en effet, empêcher d'exproprier le tiers acquéreur à moins d'un intérêt sérieux. Autrement, les créanciers, même ceux venant en ordre utile, auraient toujours surenchéri, et les frais de la surenchère auraient absorbé le supplément de prix obtenu, sans profit pour personne si ce n'est pour les hommes d'affaires.

L'article 2185-2° formule cette exigence en ces termes : la

1. La loi de brumaire an VII n'exigeait qu'une surenchère du vingtième. La loi belge du 16 décembre 1851 est revenue à ce taux. Il n'est pas douteux que la surenchère du dixième représente, avec les frais, une majoration excessive sur le prix offert.

réquisition doit contenir « soumission du requérant de porter ou faire porter le prix à un dixième en sus de celui qui aura été stipulé dans le contrat, ou déclaré par le nouveau propriétaire ¹ ». En d'autres termes, la réquisition de mise en vente vaut enchère, et le requérant, par le fait seul de la surenchère, se porte enchérisseur du dixième pour le cas où personne ne ferait ensuite d'enchère plus forte.

C'est ce que répète plus clairement encore l'article 838 alinéa 1 du Code de procédure. Rien n'est plus propre à conjurer les surenchères irréflechies.

988. De là résulte le degré de capacité que le créancier doit avoir pour faire valablement la surenchère.

La surenchère est un acte au caractère mixte. Elle n'est pas un simple acte d'administration, comme la purge par exemple ; elle vaut acquisition, au moins à titre éventuel, par suite obligation de payer le prix. Donc le créancier ne peut surenchérir que s'il est capable de s'obliger, et aussi d'ester en justice, puisque la surenchère se fait judiciairement et comporte une constitution d'avoué ².

C'est pourquoi ceux qui n'ont qu'un pouvoir d'administration n'ont pas qualité pour surenchérir.

Il a été maintes fois jugé que le syndic d'une faillite, agissant au nom des créanciers, ne peut pas surenchérir. Cela dépasserait ses pouvoirs de gestion et il doit se faire régulièrement autoriser par le tribunal ³.

La femme mariée ne peut valablement surenchérir qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice (article 217) ⁴. Mais il en est autrement de la femme séparée de

1. La surenchère est régulière lorsque le requérant s'engage à porter le prix à un dixième en sus de celui qui est offert par le tiers détenteur, sans indiquer le chiffre auquel s'élèvera cette soumission. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1364 et 1367. — Voy. notamment, pour le cas où le prix consiste en une rente viagère, Besançon 30 novembre 1880, D. P. 1881.II.57, Sir. 1881.II.163, — Cass. 6 juillet 1881, D. P. 1882.I.449, Sir. 1882.I.51.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 870, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2448. — *Contrà*, Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 205.

3. L'autorisation du juge-commissaire serait insuffisante : Chambéry 31 décembre 1874, *Le Droit* du 22 janvier 1875, Sir. 1875.II.50.

4. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome I, p. 453 et 454. — Cpr. Demolombe, *Mariage*, II, n^o 133, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1344, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 205, — Aubry et Rau, II.625, — Rouen 5^e édition, III, p. 870 ; — Grenoble 30 août 1850, D. P. 1853. I.103, — 7 mars 1892, D. P. 1893.II.24, Sir. 1893.II.78.

corps, depuis la loi du 6 février 1893 qui lui assure le plein exercice de sa capacité civile ¹.

Le tuteur d'un mineur ou d'un interdit ne peut former une surenchère sans l'autorisation du conseil de famille, car l'article 464 ne lui permet qu'à cette condition d'introduire en justice une action relative aux droits immobiliers de son pupille ². Quant au mineur émancipé et au prodigue, ils ne peuvent surenchérir sans l'assistance de leur curateur ou de leur conseil judiciaire ³.

Troisième condition.

989. L'article 2185-3° est ainsi conçu : «... La même signification sera faite, dans le même délai, au précédent propriétaire, débiteur principal. »

Le débiteur, en effet, aura souvent intérêt à payer le créancier poursuivant, afin d'éviter le recours en garantie que le tiers détenteur exercerait contre lui après avoir acquitté sa dette en son lieu et place ⁴.

Quatrième condition.

990. Aux termes de l'article 2185-4°, « l'original et les copies de ces exploits doivent être signés par le créancier requérant ou par son fondé de procuration expresse, lequel, en ce cas, est tenu de donner copie de sa procuration ».

Puisque la surenchère vaut acquisition éventuelle pour le cas où la mise à prix ne serait pas couverte, elle implique obligation. Il faut que l'engagement pris résulte de pièces en règle, car il y a des responsabilités en jeu.

Cinquième condition.

991. Elle est indiquée par l'article 2185-5° : le surenchérisseur « offrira de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges ».

1. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 99.

2. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 503 et 597. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 871. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2450 :—Riom 6 décembre 1865, D. P. 1865.V.455, Sir. 1866.II.325, — Toulouse 26 mai 1883, D. P. 1884.II.65, Sir. 1884.II.97.

3. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p.545 et 613. — Cpr. Aubry et Rau, *loc. cit.*, — Pont, *loc. cit.*

4. En vertu de l'article 832 alinéa 2 du Code de procédure, modifié par la loi du 2 juin 1841, cette signification doit être faite non pas au domicile de l'acquéreur, comme le prescrivait l'article 2185-1°, mais au domicile de l'avoué constitué par l'acquéreur dans ses notifications à fin de purge.

C'est un cas de cautionnement légal ; le surenchérisseur est obligé légalement de donner caution (article 2040)¹. La caution offerte doit donc remplir les conditions prescrites par les articles 2018 et 2019 ; faute par le surenchérisseur de trouver une caution qui remplisse ces conditions, il peut fournir un nantissement en espèces ou en rentes sur l'Etat (articles 2041 C. civ., 832 alinéa 3 C. proc. civ.)².

Une seule exception est faite au profit de l'Etat. S'il requiert surenchère, il est dispensé de fournir caution (loi du 21 février 1827). L'Etat est toujours réputé solvable.

992. Il y a quelque chose d'arbitraire et d'assez dur à exiger caution d'un créancier hypothécaire, car il ne fait qu'exercer son droit. Mais le législateur a voulu, en exigeant une caution, barrer la route aux surenchères inconsidérées. Voici comment. Tout créancier a une tendance naturelle à regarder son gage comme excellent et à croire que, s'il ne vient pas en ordre utile sur le prix offert, c'est que ce prix est trop faible. Il est dès lors porté à surenchérir. Tel est le premier mouvement, qui n'est pas toujours le meilleur. La nécessité de fournir caution calmera efficacement les ardeurs irréfléchies. Grâce à la disposition de l'article 2185, la surenchère ne se fera que si elle est jugée opportune par un autre que l'intéressé, c'est-à-dire par la caution et sous sa responsabilité. La règle de notre article est donc prévoyante.

993. Voilà quelles sont les cinq conditions de validité de la surenchère.

En la forme, la réquisition se fait par huissier commis, avec constitution d'avoué, et assignation à trois jours pour la réception de la caution (article 832 alinéa 2 C. proc. civ.).

1. Sur la caution légale voy. *suprà*, tome I, p. 65.

2. *Ibid.*, p. 66 à 69. — On considère en général que les indications de l'article 832 sont limitatives, et que la caution ne saurait être remplacée ni par l'offre d'une hypothèque (Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 877, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 206, — Cass., 16 juillet 1845, D. P. 1845.I.332, Sir. 1845.I.817), — ni par un dépôt d'obligations de chemins de fer français, du Crédit foncier, de la Ville de Paris, ni même de bons du Trésor (Cass. 29 août 1855, D. P. 1855.I.369, Sir. 1856. I.33, — Chambéry 25 novembre 1863, D. P. 1864.II.165, Sir. 1864.II.142, — Paris 12 juin 1877, *Le Droit* du 26 août 1877, — Bordeaux 23 novembre 1888, D. P. 1890.II.149).

Troisième acte.

994. Pendant la première phase de la procédure de purge, c'est le tiers détenteur qui est intervenu ; il a fait les notifications à fin de purge. Pendant la seconde, les créanciers entrent en scène ; ils acceptent l'offre faite ou surenchérisent. Dans la troisième, la surenchère va produire judiciairement ses conséquences ; il y a lieu à la vente de l'immeuble aux enchères, en d'autres termes à l'adjudication sur surenchère, puis à la distribution du prix.

Il importe de rechercher quelles sont les suites possibles de la procédure engagée, les dénouements éventuels de la situation qui résulte de cette procédure.

La surenchère, par cela seul qu'elle est formée, ne dépouille pas l'acquéreur sur lequel elle est faite, l'acquéreur surenchéri ; il conserve son droit jusqu'à l'adjudication faite sur lui. Jusque là, par conséquent, les risques de la chose demeurent à sa charge puisqu'il est encore propriétaire, et il peut arrêter la poursuite en désintéressant les créanciers puisqu'il est toujours tiers détenteur. Le débiteur originaire, de son côté, peut intervenir et payer la dette. La surenchère alors n'aura pas de suites, quoique valablement faite.

Mais supposons que rien n'arrête la procédure, que la surenchère soit suivie de vente, et qu'il intervienne une adjudication sur surenchère. Deux hypothèses peuvent se présenter, très distinctes quant aux conséquences.

Première hypothèse.

995. L'acquéreur primitif, l'acquéreur surenchéri, met la plus forte enchère, parce qu'il lui convient de conserver l'immeuble, et reste adjudicataire.

L'article 2189 prévoit le cas. L'adjudicataire alors n'acquiert pas à nouveau ; il ne fait que confirmer et consolider le titre primitif, en vertu duquel il a purgé. Son droit continue à dériver de son titre antérieur, à cette seule différence près : il était acquéreur sur aliénation volontaire et il est désormais acquéreur sur aliénation forcée, en vertu d'une adjudication sur surenchère, de sorte qu'il se trouve avoir un immeuble libre de toutes charges.

De ce que l'adjudication en sa faveur ne fait que confirmer son titre résultent diverses conséquences.

1° L'article 2189 dit : « L'acquéreur ou le donataire qui conserve l'immeuble mis aux enchères en se rendant dernier enchérisseur n'est pas tenu de faire transcrire le jugement d'adjudication. » En effet, son titre est déjà transcrit, puisque la transcription a été la première formalité de la purge (article 2181).

2° Il ne doit pas de nouveaux droits de mutation ou de transcription, sauf pour l'écart entre le prix primitif et le prix d'adjudication ¹.

3° Si, pour conserver l'immeuble, il a dû payer, comme adjudicataire sur surenchère, plus que le prix qu'il devait comme acquéreur primitif, il aura recours contre son auteur, dont il a acquitté la dette (article 2191) ².

La situation est nette.

Seconde hypothèse.

996. Un tiers autre que l'acquéreur primitif met la plus forte enchère et est déclaré adjudicataire. Ce peut être le créancier qui a surenchéri, puisque la surenchère, aux termes de l'article 2185-2°, vaut soumission de porter le prix à un dixième en sus ; ce peut être un tiers qui a couvert la surenchère.

De sérieuses difficultés se présentent alors. Elles ont toutes trait à la question de savoir quels sont les effets de l'adjudication sur surenchère au profit d'un tiers en ce qui concerne les droits de l'acquéreur primitif, lequel, en fait au moins, a été momentanément propriétaire.

997. Sous quelques rapports, la situation est nette et les conséquences qui en découlent s'imposent.

Ainsi, le tiers auquel l'immeuble est adjudgé en devient propriétaire ; il l'acquiert sur vente publique forcée, dès lors libre de toutes charges hypothécaires. Le jugement d'adjudication constitue un titre pour lui et doit, par suite, être transcrit. Il y a lieu à paiement des droits de mutation et

1. Cass. 3 juillet 1849, D. P. 1849.I.252, Sir. 1849.I.650.

2. Cass. 18 mars 1895, D. P. 1895.I.505, Sir. 1896.I.313.

Citons encore une autre conséquence du même principe. La caution qui a garanti le paiement du prix de la première vente demeure tenue dans les limites de son engagement, mais sans pouvoir être poursuivie pour le supplément qui est venu s'ajouter au prix primitif. Besançon 14 décembre 1877 et Cass. 9 février 1881, D. P. 1881.I.208, Sir. 1881.I.104.

de transcription. Ce n'est plus le cas de l'article 2189 ; l'article 1-4° de la loi de 1855 redevient applicable.

L'article 2188, se plaçant dans cette hypothèse, ajoute : « L'adjudicataire est tenu, au delà du prix de son adjudication, de restituer à l'acquéreur ou au donataire dépossédé les frais et loyaux coûts de son contrat, ceux de la transcription sur les registres du conservateur, et ceux faits par lui pour parvenir à la vente. » Par ces derniers mots la loi désigne les frais de la procédure de purge. Il est juste, puisque l'adjudicataire prend la place de l'acquéreur primitif, qu'il rembourse les frais avancés par celui-ci en vue d'un but qui lui échappe. Cela va de soi et n'est pas contesté.

998. Ce qui reste incertain, insuffisamment réglé, c'est l'effet de l'adjudication intervenue au profit d'un tiers en ce qui concerne l'acquéreur surenchéri qui est exproprié. Il cesse certainement d'être propriétaire pour l'avenir. Mais quels effets l'adjudication intervenue produit-elle à son égard quant au passé ?

La question est importante. Selon la manière dont elle est résolue, divers intérêts seront réglés de façon très différente.

Deux solutions extrêmes apparaissent *a priori* comme possibles.

999. Si l'on accepte en droit la situation telle qu'elle se produit en fait, on considérera l'adjudication sur surenchère comme une nouvelle aliénation succédant à la première, de sorte qu'il y aura eu deux transmissions successives : l'une au profit de l'acquéreur, plus tard surenchéri, la seconde au profit de l'adjudicataire actuel.

Cette manière d'envisager la situation a le mérite d'être conforme à la réalité. Le tiers acquéreur a été propriétaire ; il tenait son droit de l'aliénateur originaire. L'adjudicataire le devient à son tour ; il tient ses droits de l'acquéreur surenchéri et exproprié. En un mot, l'adjudication sur surenchère est une nouvelle aliénation, par suite de laquelle l'adjudicataire devient l'ayant-cause de l'acquéreur surenchéri.

Voilà une solution possible ¹.

1. En ce sens : Flandin, *Transcription*, I, nos 574 et suiv., — Labbé, *Revue critique*, 1861, p. 298 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1395,

1000. On peut, au contraire, considérer l'adjudication sur surenchère, quand elle survient, comme effaçant rétroactivement les droits de l'acquéreur surenchéri, de telle sorte que l'adjudicataire, au lieu de devenir l'ayant-cause de l'acquéreur surenchéri, serait, par l'effet de la résolution du droit de celui-ci, l'ayant-cause de l'aliénateur originaire. Le tiers détenteur avait acquis sous réserve de purge; la purge amène la surenchère et l'adjudication au profit d'un tiers; l'acquéreur surenchéri disparaît, et l'adjudicataire actuel, prenant sa place, est considéré comme ayant acquis de l'aliénateur originaire, comme devenant l'ayant-cause de celui-ci¹.

C'est l'effet qui se produit certainement dans le cas de la surenchère du sixième, qui est possible dans toutes les ventes judiciaires, forcées ou volontaires, aux termes de l'article 708 du Code de procédure². Pendant huit jours, l'adjudication intervenue n'est que provisoire; ses effets restent suspendus, subordonnés à la condition qu'il ne survienne pas de surenchère dans la huitaine. S'il en survient une, la nouvelle adjudication, seule efficace, fait disparaître la première, qui n'aura été qu'un incident de procédure. En fin de compte, il n'y a qu'un seul adjudicataire.

Ce résultat est sans danger, car l'incertitude qui résulte de l'éventualité d'une surenchère du sixième ne dure que huit jours.

Mais en est-il de même au cas d'adjudication sur surenchère du dixième?

C'est beaucoup moins sûr, car il y a entre les deux cas des différences de fait importantes à noter. En cas de surenchère du sixième, l'adjudication sur surenchère intervient très peu de temps après la première adjudication, puisque la surenchère n'est possible que dans la huitaine. En cas de surenchère du dixième, il en est autrement; un temps long peut s'être écoulé. En effet, l'acquéreur, qui est libre de

— Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 884 et suiv., — Laurent, *Principes*, XXXI, n^o 544, — Glasson, note dans D. P. 1888.I.337, — Dalmbert, *Purge des privilèges et hypothèques*, n^o 158, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^{os} 2515 et 2516.

1. Ce système est celui de la jurisprudence. Cass. 15 décembre 1862, D. P. 1863.I.161, — 49 avril 1865, D. P. 1865.I.209, Sir. 1865.I.280, — 13 décembre 1887, D. P. 1888.I.337, Sir. 1889.I.473, — trib. de Carpentras 11 mars 1890, *Le Droit* du 6 avril 1890.

2. *Suprà*, n^o 930, p. 332.

purger ou de ne pas le faire, peut, s'il prend le parti de purger, mettre ce parti à exécution quand il juge à propos. Les créanciers ont, pour surenchérir, quarante jours à compter des notifications à fin de purge, et ces notifications peuvent n'être faites que longtemps après la vente. Donc plusieurs mois, plusieurs années peut-être se seront écoulés entre l'aliénation et l'adjudication sur surenchère du dixième. Dès lors, il y a une raison grave pour ne pas considérer le droit de l'acquéreur surenchéri comme résolu.

1001. Il existe donc deux manières de comprendre les effets de l'adjudication sur surenchère du dixième, en ce qui concerne la situation du tiers détenteur surenchéri qui a purgé. On peut voir dans l'adjudication une nouvelle aliénation succédant à la première ; on peut la regarder comme entraînant rétroactivement la résolution de celle-ci, ainsi qu'il arrive au cas de surenchère du sixième.

Quel est, de ces deux points de vue, celui auquel s'est placé le législateur ?

1002. Les textes qui se réfèrent à la question ainsi posée semblent au premier abord contradictoires.

Parmi les règles qu'on y trouve, les unes se rattachent à l'idée que l'acquéreur surenchéri, une fois l'adjudication sur surenchère intervenue, est regardé comme n'ayant pas été propriétaire, ou, ce qui revient au même, comme cessant rétroactivement de l'avoir été.

Les autres se rattachent à l'idée opposée.

1003. Ainsi, l'article 2175 suppose que le tiers détenteur a commis des dégradations sur l'immeuble ou, à l'inverse, qu'il y a fait des impenses ; il décide que les détériorations donnent lieu contre lui à une action en indemnité, que les impenses donnent lieu à une action en répétition à son profit. C'est donc que, cessant d'être propriétaire, il est considéré comme ne l'ayant jamais été¹. Il n'aura pas été propriétaire, car un propriétaire ne doit pas d'indemnité pour les dégradations qu'il commet sur sa propre chose : *qui rem suam neglexit nulli querelæ subjectus est*².

L'article 2176 corrobore cette idée. L'acquéreur surenchéri

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 889. — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 209. — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 177 bis II.

2. Fragm. 31 § 3, Dig., *De hereditatis petitione*, V, 3.

et exproprié doit rendre les fruits avec l'immeuble. Il y a toutefois une distinction à faire. Dans le cas de saisie sur le débiteur, les fruits sont immobilisés à partir de la transcription de la saisie et distribués comme tels aux créanciers hypothécaires (article 682 C. proc. civ.). Au contraire, si la saisie a lieu sur un tiers détenteur, celui-ci doit les fruits à partir de la sommation qui lui est faite (article 2169), c'est-à-dire comme possesseur (article 549), ce qui implique que son droit d'acquéreur est résolu.

Enfin et surtout, on peut invoquer dans le même sens l'article 2177 alinéa 1 : « Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui. »

La disposition est toute simple si la surenchère suivie d'expropriation opère résolution des droits du détenteur. Les choses étant remises dans la même condition que s'il n'y avait pas eu de première acquisition, la confusion produite par l'acquisition cesse et les droits éteints par elle renaissent.

Elle est équitable. Le tiers détenteur n'a renoncé aux droits qu'il avait sur l'immeuble que parce qu'il n'en avait plus besoin, devenant propriétaire. Il les recouvre.

Elle est juridique. La confusion ne fait obstacle à l'exercice des droits que par l'impossibilité où elle met les parties de les exercer. L'impossibilité cessant, les droits renaissent.

Tous ces textes supposent, sans le dire, que le droit du tiers détenteur est résolu, que l'adjudicataire est l'ayant cause du débiteur originaire.

1004. Mais l'article 2177 alinéa 2 semble se placer à un point de vue différent. Il implique clairement que l'adjudication sur surenchère ne résout pas les droits de l'acquéreur surenchéri, que celui-ci a été en fait et reste en droit propriétaire, que ses droits ne sont pas résolus, mais seulement transférés à l'adjudicataire.

Le texte suppose que le tiers détenteur, dans l'intervalle entre son acquisition et l'adjudication sur surenchère, a constitué des hypothèques ou d'autres droits réels sur l'immeuble. Que deviennent ces hypothèques après l'adjudication ? Elles subsistent, dit l'article 2177 alinéa 2. C'est

donc qu'il n'y a pas résolution ; car, d'après l'article 2125, ceux qui n'ont qu'un droit de propriété sujet à rescision ou à résolution ne peuvent consentir qu'une hypothèque résoluble ou rescindable. Si les hypothèques subsistent, c'est que le droit de propriété ne disparaît que pour l'avenir, non pour le passé.

Cette solution est équitable, comme la précédente. Les créanciers de l'acquéreur, traitant avec lui, ont traité avec le propriétaire ; ils ont été autorisés à croire que les droits acquis par eux seraient efficaces, sous la réserve des droits antérieurs aux leurs ; ils doivent les conserver malgré la surenchère et l'adjudication qui s'en est suivie.

Donc, malgré l'adjudication sur surenchère, les droits in-
térinaires de l'acquéreur surenchéri subsistent, puisque les hypothèques constituées par lui ou acquises de son chef restent efficaces.

1005. En résumé, deux points de vue différents se dégagent des règles consacrées par les textes. En présence de règles qui semblent se rattacher à des idées divergentes, quel est finalement le système qu'il faut regarder comme consacré par la loi ? Les droits de l'acquéreur surenchéri sont-ils ou non résolus par l'adjudication ? Ou bien — ce qui est la même question sous une autre forme — l'adjudicataire sur surenchère tient-il ses droits de l'aliénateur originaire ou de l'acquéreur surenchéri ?

La difficulté est sérieuse.

1006. La question présente de nombreux intérêts pratiques. Voici les principaux.

1° Supposons que le prix obtenu de l'adjudication sur surenchère soit supérieur au montant des créances hypothécaires. Si une portion de ce prix reste libre après paiement des créanciers, à qui revient-elle ? Est-ce à l'acquéreur surenchéri, ou bien à l'aliénateur originaire ? La question revient à savoir de qui l'adjudicataire sur surenchère, propriétaire actuel, est l'ayant-cause ; est-il l'ayant-cause du surenchéri ou du débiteur originaire ?

Il ne semble pas que la réponse fasse doute dans la pratique. L'excédent revient au tiers détenteur, à l'acquéreur surenchéri, et non au précédent propriétaire ¹. L'article 2177

1. Cass. 28 mars 1843, Sir. 1843.I.297, — Rennes 9 décembre 1861, Sir. 1862.II.220, — Cass. 15 décembre 1862, D. P. 1863.I.161, Sir. 1863.I.57, —

alinéa 2 paraît imposer cette solution ; si les créanciers de l'acquéreur surenchéri conservent leurs hypothèques, c'est qu'ils ont droit au reliquat du prix.

2° Supposons que l'adjudicataire surenchérisseur vienne à être ultérieurement évincé. Il ne peut pas l'être par une action hypothécaire, puisqu'il y a purge. Il ne peut pas l'être non plus par voie d'action en nullité, en rescision ou en résolution, car, aux termes des articles 728 et 729 du Code de procédure, les moyens de nullité contre la procédure doivent être proposés au plus tard trois jours avant la publication du cahier des charges ou avant l'adjudication, selon qu'ils sont dirigés contre la procédure antérieure ou contre la procédure postérieure à cette publication. Mais l'adjudicataire surenchérisseur peut être évincé par le propriétaire qui viendrait à se révéler¹.

Alors, contre qui exercera-t-il son recours en garantie ? Contre le débiteur originaire, ou contre le tiers détenteur surenchéri ?

Cela revient encore à savoir de qui l'adjudicataire surenchérisseur est l'ayant-cause, quel est son vendeur. Si le jugement d'adjudication rétroagit, il est l'ayant-cause du débiteur originaire, et c'est contre lui qu'il devra intenter son action en garantie ; si, au contraire, le jugement d'adjudication ne rétroagit pas, c'est le tiers détenteur qui sera exposé à subir le recours de l'adjudicataire évincé.

Il n'y a pas de décisions de jurisprudence sur cette hypothèse, d'ailleurs peu fréquente.

3° Un créancier hypothécaire du vendeur primitif n'a pas pris inscription en temps utile ; l'acquéreur a fait transcrire son titre et le créancier a été forclos. Plus tard, cet acquéreur est surenchéri et l'adjudication sur surenchère est faite au profit d'un tiers. Le créancier forclos peut-il s'inscrire jusqu'à la transcription opérée par l'acquéreur ?

S'il y a résolution, il est relevé de sa déchéance. S'il y a deux aliénations successives, la négative s'impose.

Montpellier 21 novembre 1864, Sir. 1865.II.30. — Cpr. Labbé, *Revue critique*, 1861, p. 297, — Flandin, *Transcription*, I, nos 572 à 575, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 886.

1. Voy. Sirey, *Code civil annoté*, article 1626, nos 20 et 21. — La surenchère donne ouverture à la garantie de droit : Cass. 15 décembre 1862, D. P. 1863. I.161, Sir. 1863.I.57, — 18 mars 1895, D. P. 1895.I.505, Sir. 1896.I.313.

Il a toujours été jugé que le créancier n'est pas relevé de sa déchéance. Il n'y a donc pas résolution¹.

4° L'adjudication sur surenchère au profit d'un tiers donne ouverture à deux droits d'enregistrement, au droit de transcription et au droit de mutation. Seulement, la première vente donne-t-elle lieu au paiement des droits de mutation?

S'ils ont été payés, la question ne se pose pas, car un droit régulièrement perçu n'est jamais rendu (loi du 22 frimaire an VII, article 60). Mais s'ils n'ont pas été payés, sont-ils exigibles? Non. Il est de principe que la surenchère opère résolution, et qu'une seule perception est due pour les deux adjudications².

5° L'article 2177 alinéa 1 déclare que les servitudes qui existaient sur l'immeuble hypothéqué au profit d'un immeuble du tiers détenteur renaissent après l'adjudication sur surenchère. Mais il est muet en ce qui concerne le sort des servitudes qui existaient sur un immeuble du tiers détenteur au profit de l'immeuble hypothéqué. Que décider à l'égard de ces servitudes?

Elles renaissent si les droits du tiers acquéreur sont résolus par l'effet de l'adjudication sur surenchère. Mais si l'idée de résolution est écartée, la disposition de l'article 2177 alinéa 1 doit être regardée comme exceptionnelle, comme ne pouvant pas, par conséquent, être étendue à une hypothèse qu'elle ne prévoit pas³.

6° L'article 2177 alinéa 2 déclare maintenues les hypothèques constituées par le tiers détenteur ou nées de son chef avant l'adjudication sur surenchère. Mais que décider en ce qui concerne les autres droits réels constitués par le tiers détenteur, par exemple les servitudes? La réponse dépend du point de savoir si on regarde l'article 2177 alinéa 2 comme une application d'un principe sous-entendu par la loi, cas

1. Cass. 7 mai 1860, D. P. 1860. I. 408, Sir. 1860. I. 507, — Alger 23 octobre 1868, Sir. 1869. IV. 140, — Cass. 26 juillet 1894, D. P. 1896. I. 281 (note de M. de Loynes).

2. Voy. *Pandectes françaises, Répertoire alphabétique*, v° *Adjudications immobilières*, nos 4158 et suiv.

3. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1215, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 186, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 739, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 158 bis II, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2212, p. 425.

auquel le texte doit être appliqué d'une manière extensive, ou comme dérogeant au principe sous-entendu, cas auquel l'application doit être restrictive ¹.

1007. En résumé, toute logique fait défaut en ce qui concerne les conséquences, quant à l'acquéreur surenchéri, de l'adjudication faite au profit d'un tiers autre que lui. Parmi ces conséquences, les unes se rattachent à l'idée de résolution, les autres à l'idée de transmissions successives.

Pour celles de ces conséquences qui sont consacrées par des textes, il ne peut y avoir aucune incertitude au point de vue pratique. Pour celles qui ne sont pas consacrées par un texte et qui doivent être déduites par voie d'interprétation, il y a incertitude et controverse.

1008. Ce que l'on peut conclure des règles légales, assez disparates à cet égard, c'est que la loi n'a consacré ni l'une ni l'autre des deux manières de voir signalées au début comme admissibles a priori. Elle a adopté une doctrine mixte. Il s'ensuit que certaines conséquences, qui apparaissent comme contradictoires au point de vue logique, peuvent ne pas l'être en réalité; elles se rattachent, il est vrai, à des idées contraires, mais à des idées contraires qui ne sont pas inconciliables.

Autant qu'on peut en juger, le principe serait celui-ci.

1009. En thèse générale, il n'y a pas résolution des droits de l'acquéreur surenchéri. Il y a deux transmissions qui se succèdent: l'adjudicataire sur surenchère est l'ayant-cause de l'acquéreur exproprié.

C'est la réalité des faits. Et il ne faut pas alléguer là contre qu'il en est autrement en cas de surenchère du sixième (article 708 C. proc. civ.). Nous avons déjà dit que les deux hypothèses ne sont nullement les mêmes ².

La surenchère du sixième n'est possible que pendant huit jours; l'incertitude résultant de l'éventualité de la surenchère n'est ni longue, ni dangereuse. Ce que veut dire l'article 708 du Code de procédure, c'est que l'adjudication ne devient définitive qu'à défaut d'une surenchère dans la huitaine; si donc une surenchère survient, l'adjudication est comme non avenue.

1. Laurent, *Principes*, XXXI, n° 318, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 738, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, p. 426.

2. *Suprà*, n° 1000.

Dans le cas de purge, au contraire, il peut s'être écoulé, entre l'aliénation et l'adjudication sur surenchère, un temps indéterminé. La résolution compromettrait gravement la sécurité des intéressés.

Ainsi s'explique l'article 2177 alinéa 2. Et il faut appliquer la solution de ce texte, par analogie, dans les autres cas semblables. Sauf, bien entendu, la décision contraire et si équitable de l'article 2177 alinéa 1 ; sauf aussi à exonérer la première vente des droits d'enregistrement.

1010. Mais il y a résolution au regard des créanciers poursuivants et dans la mesure de l'intérêt légitime qu'ils ont à ce qu'il y ait résolution.

Ils avaient un droit sur l'immeuble. S'ils font la surenchère du dixième, c'est qu'ils n'acceptent pas, en ce qui les concerne, les conséquences de l'aliénation faite par le débiteur. Donc les actes accomplis par l'acquéreur surenchéri, propriétaire intérimaire, ne peuvent leur être opposés et sont résolus à leur profit.

De là la disposition de l'article 2175. Les détériorations procédant du fait ou de la négligence du tiers détenteur l'obligent à indemniser les créanciers hypothécaires, car il leur importe de ne pas voir déprécier la valeur de l'immeuble qui constitue leur gage.

Les deux alinéas de l'article 2177 se justifient de même.

Aux termes de l'alinéa 1, les droits réels sur l'immeuble appartenant au tiers détenteur avant l'époque où il a acquis cet immeuble revivent après l'adjudication. Sans doute les créanciers hypothécaires auraient intérêt à ce que l'immeuble pût être vendu libre des droits du tiers détenteur. Seulement cet intérêt n'est pas un intérêt légitime ; ils n'ont pas droit acquis à ce qu'il en soit ainsi : ils ont droit à retrouver leur gage hypothécaire tel qu'il se comportait avant l'aliénation, mais rien de plus.

Aux termes de l'alinéa 2, les créanciers personnels du tiers détenteur exercent leurs droits hypothécaires sur l'immeuble à leur rang, mais après tous les créanciers qui sont inscrits du chef des précédents propriétaires. Qu'importe aux créanciers hypothécaires, dont les droits se trouvent de la sorte entièrement sauvegardés ?

Là où l'intérêt légitime des créanciers est engagé, il y a résolution. Là où il ne l'est pas, il n'y a pas résolution.

1011. L'idée générale peut donc être formulée de la sorte. En principe, il n'y a pas résolution ; cela reste exact soit quant à l'acquéreur surenchéri, soit quant à l'adjudicataire. Il y a cependant résolution, au regard des créanciers pour suivants, dans la mesure où leur intérêt est engagé. Cette donnée explique les décisions que les textes fournissent ; elle permet de résoudre les cas non prévus.

1012. Il ne nous reste plus qu'une question à examiner sur la purge. Question d'importance secondaire au point de vue doctrinal, quoique fort importante en pratique.

A la charge de qui sont les frais de purge ?

Les textes ne s'expliquent pas à cet égard. La question est controversée et résolue en sens divers par les arrêts.

Quand la purge est faite par un acquéreur à titre gratuit, donataire ou légataire, évidemment il doit en supporter les frais.

Mais que décider en cas de vente ?

D'après les uns, les frais sont à la charge de l'acheteur. Purger est une faculté pour lui ; la purge intervient dans son intérêt, pour libérer l'immeuble et assurer son droit. Par conséquent, c'est à lui de supporter les frais d'une procédure qui lui profite exclusivement.

Cela paraît résulter de l'article 1593 : « Les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur. » L'article 2188 confirme cette manière de voir ; il impose à l'adjudicataire l'obligation de rembourser à l'acquéreur, outre les frais et loyaux coûts du contrat, les frais de notification « et ceux faits par lui pour parvenir à la « revente »¹.

D'après d'autres, les frais sont à la charge du vendeur. L'article 2188 est spécial au cas de surenchère ; il oblige l'adjudicataire à rembourser les frais à l'acquéreur évincé s'il les a payés. Ce cas excepté, le vendeur est obligé de livrer et de garantir ; or la purge est un moyen d'assurer la possession de l'acquéreur ; elle est la forme d'exécution d'une des obligations du vendeur. D'ailleurs, l'article 774 du Code de procédure vient à l'appui de cette argumenta-

¹ Pau 27 janvier 1855, D. P. 1855.II.195, Sir. 1855.II.515, — Toulouse 29 novembre 1855, D. P. 1856.II.39, Sir. 1856.II.110, — Grenoble 7 janvier 1857, D. P. 1858.V.304, Sir. 1858.II.560.

tion. Il prescrit de prélever les frais de purge sur le prix de vente, par préférence à toutes autres créances, ce qui démontre que ces frais sont à la charge du vendeur.

Il a été rendu de nombreux arrêts dans les deux sens. La Cour de cassation ne s'est prononcée qu'une seule fois ; son arrêt du 22 avril 1856 met les frais de purge à la charge du vendeur ¹.

B. — PURGE DES HYPOTHÈQUES NON INSCRITES

1013. Nous avons déjà dit ² que cette purge, appelée souvent purge légale, est réglemantée non par le chapitre VIII, qui s'occupe de la purge des hypothèques inscrites, mais par le chapitre IX (articles 2193 à 2195).

Nous serons très brefs sur cette seconde espèce de purge. Il est d'autant moins utile d'insister qu'elle n'a plus qu'une importance pratique minime, par suite des réformes introduites dans le régime hypothécaire depuis le Code civil ; elle tombe chaque jour davantage en désuétude, et il faudrait peu de chose pour la rendre tout à fait inutile, ce qui serait un véritable progrès.

1014. Voici pour quels motifs cette purge a perdu l'importance qu'elle a eue longtemps, et pourquoi on n'y recourt plus que rarement en fait.

Dans le système du Code civil, l'acquéreur d'immeubles, s'il voulait être prévoyant et prudent, devait toujours recourir à la procédure des articles 2193 et suivants. C'est de là, nous l'avons déjà dit ³, qu'est venu, dans la pratique, le nom de purge légale, ou purge à laquelle on recourt en tout état de cause, dans tous les cas, sans rechercher s'il y a lieu ou non d'y recourir. L'acquéreur, en effet, avait toujours à craindre qu'il n'existât sur l'immeuble quelque hypothèque occulte, remontant peut-être à une époque reculée. Comment savoir si l'immeuble n'avait pas appartenu naguère à un

1. D. P. 4856.I.210, Sir. 4856.I.849. — Cpr. dans le même sens : Toulouse 27 février 1856, D. P. 1857.II.43, Sir. 1857.II.329, — trib. de la Seine 24 mai 1890, *La Loi* du 25 mai 1890.

Quant aux auteurs, la majorité se prononce dans le même sens que la Cour de cassation : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 845, note 35, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 208, — Guillouard, *Vente*, I, n^o 197, III, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2363, p. 563, — Secus, Troplong, *Vente*, I, n^o 164.

2-3. *Suprà*, n^o 967.

mari dont la femme n'avait point fait liquider ses reprises, à quelque tuteur soit d'un mineur, soit d'un interdit, n'ayant pas rendu ses comptes, ou dont les comptes étaient sujets à révision ? D'après le Code de 1804, la dispense d'inscription était perpétuelle et subsistait aussi longtemps que la créance des femmes, des mineurs, des interdits¹. L'inconnu durait indéfiniment. Or, comme il est prudent de se mettre en garde contre l'inconnu, l'acquéreur devait, en principe, recourir à la purge légale ; de fait, il y recourait toujours. Mieux valait pour lui supporter quelques frais que de rester indéfiniment exposé à un risque. L'article 2193 suppose bien que la purge est dirigée contre un péril hypothécaire qui pourrait exister.

Mais, avec le temps, cette situation s'est modifiée. La préoccupation du crédit l'a peu à peu emporté sur toute autre considération ; le droit pour la femme, le mineur et l'interdit ou leurs héritiers d'invoquer leur hypothèque sans l'avoir inscrite a été restreint dans des limites étroites.

D'une part, l'article 8 de la loi de 1855 fait rentrer la femme, le mineur et l'interdit dans le droit commun quant à l'inscription un an après la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle. Passé ce délai, l'hypothèque ne vaut plus que si elle est inscrite, et à la date de l'inscription prise ultérieurement².

D'autre part, d'après la loi du 21 mai 1858, si l'immeuble affecté d'une hypothèque occulte est vendu sur saisie à la requête des créanciers du mari ou tuteur, la transcription purge toutes les hypothèques (article 717 C. proc. civ.). Il en est de même dans les autres ventes publiques forcées, et aussi dans les ventes volontaires s'il y a surenchère du sixième³.

Alors le danger résultant du caractère occulte de l'hypothèque au regard des tiers acquéreurs, qui était général et perpétuel d'après le Code civil, n'existe plus qu'au cas d'aliénation volontaire. Même dans ce cas, la dispense d'inscription est essentiellement temporaire.

La conséquence est que l'inconnu, contre lequel l'acquéreur avait à se prémunir par la purge légale se trouve désormais limité. Dès que l'immeuble est sorti des mains du

1-2. *Suprà*, p. 193 et suiv., 212 et suiv.

3. *Ibid.*, p. 205 et 216.

mari ou du tuteur par vente forcée, ou dès qu'un an s'est écoulé depuis la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, ce qu'il est facile de vérifier en fait, la femme, le mineur ou l'interdit ne peuvent plus se prévaloir de leur hypothèque que moyennant inscription¹.

Le tiers détenteur n'a donc besoin de recourir à la purge légale que quand il a acquis sur vente volontaire, d'un propriétaire actuellement marié ou actuellement tuteur, ou qui a cessé de l'être depuis moins d'un an. Mais alors, puisqu'il connaît la situation, il a un moyen simple pour éviter les conséquences du droit de suite, sans recourir à la purge : s'il a acquis d'un mari, c'est d'obtenir de la femme une renonciation à son hypothèque légale, — s'il a acquis d'un tuteur, c'est d'exiger de lui, avant de lui verser les fonds, qu'il obtienne la restriction de l'hypothèque en ce qui concerne l'immeuble aliéné (article 2143).

Les acquéreurs prévoyants ne manquent pas d'agir ainsi. De sorte que la purge légale devient inutile, et les frais qu'elle entraîne sont évités.

1015. Il n'y a qu'un cas où le danger soit plus difficile à conjurer : celui où l'aliénateur, actuellement marié ou veuf depuis moins d'un an, a adopté le régime dotal, parce qu'alors la femme ne peut pas renoncer à son hypothèque légale². Toutefois, même dans ce cas, il existe encore deux moyens d'éviter la purge.

1° Si la femme dotale ne peut pas renoncer à son hypothèque dans les termes des lois de 1855 et de 1889, rien ne s'oppose à ce que le mari, du consentement de la femme, obtienne la restriction de l'hypothèque légale par décision de justice, dans les termes de l'article 2144³, et dégrève ainsi de l'hypothèque l'immeuble qu'il veut aliéner.

2° Indépendamment de toute intervention judiciaire, le mari n'a qu'à inscrire l'hypothèque de la femme sur l'immeuble qu'il veut aliéner. L'acquéreur procédera contre la femme comme contre les autres créanciers inscrits, par voie de purge ordinaire.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 846 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, nos 1267 et 1402, — Troplong, *Privilèges et hypothèques*, IV, nos 975 et 977, — Dalmbert, *Purge des privilèges et hypothèques*, n° 109.

2. *Suprà*, p. 289 et suiv.

3. *Suprà*, p. 168 et 291. — Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 654, — Montpellier 17 décembre 1851. D. P. 1852, II. 188, Sir. 1852, II. 664.

1016. Donc, il n'existe plus une seule hypothèse où l'acquéreur n'ait un moyen d'éviter les lenteurs et les frais de la purge légale. Aussi a-t-elle perdu la plus grande partie de son utilité et est-elle tombée en désuétude. Le péril qu'elle était destinée à conjurer a presque totalement disparu ; dans le cas où il subsiste, il y a des moyens d'y parer.

Certains notaires continuent cependant d'y procéder à la suite des ventes dont ils dressent acte. C'est la tradition, et surtout le moyen de perpétuer une perception d'honoraires. Mais les notaires consciencieux n'y recourent plus que très rarement, sinon jamais.

La purge légale disparaîtra sans aucun doute dans la réforme hypothécaire qui s'élabore. Si on soumet les hypothèques occultes au régime de l'inscription, comme on semble disposé à le faire, le chapitre IX du titre *Des privilèges et hypothèques* deviendra inutile.

Dans le cas contraire, on pourrait sans inconvénient autoriser la femme dotale à renoncer à son hypothèque au profit de l'acquéreur. Elle le peut indirectement aujourd'hui ; il lui suffit de ne pas surenchérir en cas de purge. Pourquoi ne le pourrait-elle pas directement ? Ce serait une grande simplification.

1017. Cela dit, passons aux particularités qui caractérisent la purge légale. Elle se sépare de la purge ordinaire sous deux rapports.

Première différence.

1018. Dans la purge ordinaire, le tiers acquéreur procède par des notifications faites individuellement à chacun des créanciers inscrits (article 2183). Le créancier, dont l'hypothèque est inscrite, est assuré qu'il n'y sera porté atteinte qu'après avertissement individuel, après une notification à lui personnellement adressée. C'est une garantie considérable que l'inscription procure ; elle la procure à tous les créanciers inscrits, même à ceux qui ne sont pas formellement obligés de prendre inscription : la femme, le mineur et l'interdit.

Il ne saurait manifestement en être de même au cas de purge légale. En effet, il s'agit d'hypothèques non inscrites ; le tiers acquéreur peut ne pas connaître les créanciers. Il procédera alors en faisant des notifications individuelles, si

c'est possible, et en outre, point essentiel, en adressant des notifications collectives aux intéressés, par les voies ordinaires de publicité, afin que les créanciers inconnus, s'il en existe, se fassent connaître et avisent à ce qu'ils ont à faire.

La procédure ne peut, dès lors, être la même. Voici les formalités dont la purge légale se compose à ce point de vue.

1019. L'acquéreur doit d'abord faire transcrire son titre. L'acte initial est donc le même dans les deux procédures ; l'article 2181 est général ¹.

1020. De plus — et là vont apparaître les particularités de la purge légale — l'acquéreur doit accomplir les formalités suivantes.

1° Il doit déposer copie de son titre d'acquisition au greffe du tribunal (article 2194). Un extrait de ce titre est affiché dans l'auditoire du tribunal, et y reste affiché pendant deux mois. L'extrait contient les mentions les plus importantes du titre : sa date, les noms et professions des parties, la désignation de l'immeuble, le prix et les charges de l'aliénation ².

Ce mode de publicité est assurément très imparfait. Il n'est pas cependant dénué de toute valeur. L'auditoire des tribunaux est fréquenté par les hommes d'affaires ; l'extrait affiché les prévient, et ils peuvent consulter le titre même, qui est au greffe.

1. Cela faisait question avant la loi du 23 mars 1855. Depuis cette loi, le droit de l'acquéreur ne devient opposable aux tiers que par la transcription ; tant que l'acquéreur n'a pas transcrit, il n'a pas qualité au regard des créanciers hypothécaires ; donc, avant de s'adresser à eux, il doit transcrire. Voy. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 849 et 894, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 213.

Mais il faut observer que le raisonnement précédent ne s'applique pas, et que, par conséquent, la loi de 1855 n'a pas fait cesser les doutes anciens dans tous les cas. En effet, la loi nouvelle ne soumet à la transcription que les mutations entre vifs et non les mutations à cause de mort ; donc le raisonnement fait n'est exact qu'en ce qui concerne l'acheteur et le donataire, non en ce qui concerne le légataire.

2. Le dépôt peut être effectué par la partie elle-même, sans qu'elle ait besoin de recourir au ministère d'un avoué. La procédure de la purge n'appartient pas à la catégorie des actes pour lesquels les avoués représentent les parties et ont seuls qualité pour les représenter. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1408, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 184 bis II, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2543. — Cass. 31 mars 1840, Sir. 1840.I.306, — Limoges 9 avril 1845, D. P. 1846.II.12, Sir. 1845.II.577.

2° Toujours aux termes de l'article 2194, l'acquéreur doit notifier le dépôt aux créanciers présumés, ou à leurs représentants légaux s'il les connaît, autrement dit à la femme du vendeur en vue de l'hypothèque légale des femmes, au subrogé-tuteur du mineur ou de l'interdit qui serait sous la tutelle du vendeur en vue de l'hypothèque des mineurs et interdits¹. La question de savoir s'il les connaît est une question de fait; mais il est tenu de faire les diligences suffisantes pour les connaître et les trouver.

Pareille notification est faite au Procureur de la République, qui est le protecteur légal des incapables.

L'article 2194 n'exigeait rien autre. Un Avis du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, qui remonte par sa date à une époque où les Avis avaient force de loi², impose quelque chose de plus. La notification aux créanciers reste obligatoire si le tiers acquéreur les connaît; pour ceux qui sont inconnus, l'Avis de 1807 prescrit l'insertion de cette notification dans les journaux chargés des annonces judiciaires dans le département où l'immeuble est situé. L'Avis dit que l'acquéreur fera publier la signification « dans les formes prescrites par « l'article 683 du Code de procédure »; il faut observer que cet article est devenu l'article 696 depuis la réforme du Code de procédure en 1841.

Cette notification par la voie des journaux n'était formellement exigée, d'après l'Avis de 1807, que dans un seul cas: celui où l'acquéreur ne connaît pas les créanciers présumés. En fait, on prit l'habitude de faire toujours la notification, car l'acquéreur ne peut jamais être sûr qu'il n'existe pas quelque créance inconnue, récente ou ancienne, de femme, de mineur ou d'interdit. La notification a pris place parmi les formalités normales de la purge légale.

S'il s'agit de créanciers que l'acquéreur a connus, s'il est jugé contre lui qu'il les a connus, l'accomplissement des formalités prescrites par l'Avis de 1807 ne suffit pas. Et il doit faire ses diligences pour les découvrir³.

1. C'est à la femme et non au mari, au subrogé-tuteur et non au tuteur que la signification doit être faite, à cause de l'opposition d'intérêts. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 896.

2. Voy. *Introduction, explication du titre préliminaire du Code civil*, p. 53 et suiv.

3. Pau 23 juin 1884, D. P. 1885. II. 253. — Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 896.

1021. Telles sont les formalités auxquelles doit procéder l'acquéreur : 1° le dépôt du titre et l'affichage de l'extrait, — 2° la notification de ce dépôt, individuellement aux créanciers connus, collectivement aux créanciers inconnus, par la voie des journaux chargés des annonces judiciaires.

C'est alors aux créanciers, connus ou inconnus, d'intervenir. Et cela nous conduit à la seconde particularité que présente la purge légale quant à la procédure.

Seconde différence.

1022. Les créanciers — connus et touchés par les notifications individuelles, ou inconnus et collectivement touchés par l'affiche dans l'auditoire des tribunaux et l'insertion dans les journaux — ont un délai de deux mois pour aviser (article 2193)¹. C'est pendant ce délai que le sort des hypothèques non inscrites va se décider, que la situation de l'acquéreur va se fixer.

Ce délai de deux mois remplace ici le délai de quarante jours qui est donné aux créanciers dans la purge ordinaire².

Pourquoi deux mois ici, alors que quarante jours seulement sont accordés dans l'autre cas ? Il n'y a aucune raison de cette différence ; c'est une de ces anomalies qui ne s'expliquent que par des influences de tradition. La purge ordinaire a été organisée par les lois de messidor an III et de brumaire an VII, quand fut introduit le système de la publicité des hypothèques³ ; ces lois ont considéré que quarante jours suffisent aux créanciers inscrits pour prendre parti. La purge des hypothèques non inscrites dérive du système des oppositions, établi, alors que les hypothèques étaient encore occultes, par l'Édit de 1771, lequel accordait deux mois aux créanciers hypothécaires non inscrits pour former opposition⁴. Le Code civil a maintenu les deux systèmes pour des cas différents ; et voilà comment, par suite de cette diversité d'origine, l'un des deux systèmes donne aux créanciers un délai de quarante jours, l'autre un délai de deux mois.

1023. Laissons cette anomalie. Il est plus important de

1. Le délai de l'article 2194 ne comporte aucune augmentation à raison de la distance entre le domicile des créanciers et le lieu où les immeubles sont situés. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1417, — Dalmbert, *op. cit.*, n° 164 ; — Grenoble 8 mars 1855, D. P. 1856.II.63, Sir. 1855.II.603.

2. *Suprà*, p. 371.

3-4. *Ibid.*, n° 944.

rechercher : 1^o quel est le point de départ des deux mois, — 2^o ce qui peut advenir pendant ce délai.

1024. A. — Point de départ du délai. — D'après le Code civil, le point de départ était l'exposition du titre, autrement dit l'affichage dans l'auditoire du tribunal de l'extrait du titre déposé. Les articles 2194 et 2195 sont formels à cet égard.

Depuis l'Avis du 9 mai 1807, le délai court à partir de l'insertion dans les journaux.

Dans la pratique, le tiers acquéreur fait d'abord la notification individuelle du dépôt aux créanciers, s'il les connaît ; il insère ensuite cette notification dans les journaux, à l'usage des créanciers inconnus, et cette insertion fait courir le délai de deux mois.

1025. B. — Que peut-il advenir pendant ce délai ? — Dans la purge ordinaire¹, les créanciers, qui sont connus puisqu'ils sont inscrits, doivent, dans les quarante jours, accepter les offres faites ou surenchérir. Plus exactement ils doivent surenchérir ; car, par cela seul qu'ils ne surenchérissent pas, ils sont regardés comme acceptant le prix offert.

Dans la purge légale, les créanciers à hypothèques non inscrites doivent, dans les deux mois, exercer leur droit, c'est-à-dire se faire connaître en prenant inscription, et s'il y a lieu surenchérir.

Les notifications individuelles ou collectives tendent à mettre les créanciers à hypothèques non inscrites en demeure d'exercer leur droit dans les deux mois.

Dès lors, deux cas peuvent se présenter.

1026. Premier cas. — Il peut arriver que, dans le délai de deux mois, aucune inscription ne soit prise, ni aucune surenchère faite. Ce résultat se produira soit parce qu'il n'existe sur l'immeuble aucune créance de femme, de mineur ou d'interdit, — soit, s'il en existe, parce que le créancier est assuré d'être payé sur le prix offert, — soit enfin parce que les créanciers n'ont pas su que les formalités de purge fussent remplies.

Quelle que soit la cause du défaut d'inscription ou de surenchère et de quelque manière qu'il s'explique, le résultat est le même : la purge est acquise, le prix est définitivement fixé, les créanciers, s'il en existe, n'ont plus de droit que sur

1. *Suprà*, p. 371.

ce prix, l'immeuble est dégrevé (article 2195 alinéa 1). En d'autres termes, le droit de suite est perdu¹ ; il ne reste de l'hypothèque que le droit de préférence, que les créanciers feront valoir sur le prix ; l'acquéreur, au besoin, consignera le prix, et tout sera dit.

Si un ordre s'ouvre, le prix est attribué aux créanciers qui ont produit en temps utile, suivant le rang de leurs privilèges ou hypothèques ; les autres sont forclos (article 754 C. proc. civ.). Si un ordre n'est pas ouvert dans les trois mois, le droit de préférence lui-même est perdu (article 772 C. proc. civ.). Dans tous les cas, le droit hypothécaire est épuisé.

1027. Second cas. — Il peut arriver que des inscriptions soient prises dans les deux mois. Les alinéas 2 et 3 de l'article 2195 prévoient ce cas. Mais les règles qu'ils posent sont obscures ; l'obscurité tient à ce que les solutions possibles sont indiquées confusément et même ne le sont pas toutes.

Un point est certain, c'est que les inscriptions prises sont sans effet quant à l'ordre de collocation des créanciers, car il s'agit d'hypothèques qui ont un rang légal indépendamment de toute inscription. Les inscriptions n'interviennent que pour conserver les hypothèques menacées par la procédure de purge ; dès qu'elles sont conservées, elles le sont avec le rang qu'elles ont par elles-mêmes (article 2135)².

Supposons qu'elles le soient. Que va-t-il arriver ?

1028. Si le prix offert suffit à désintéresser tous les créanciers, pas de difficulté. Le prix sera distribué ; le reliquat, s'il en existe un, sera remis au vendeur, et les inscriptions seront rayées.

1029. Si le prix offert, quoique insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, représente la valeur véritable de l'immeuble, il faudra bien que les créanciers, même non payés, s'en contentent. Dans ce cas, ceux qui viennent en ordre utile seront payés ; les autres, fût-ce une femme

1. Il est éteint d'une manière définitive même si le droit de l'acquéreur vient à être anéanti par l'accomplissement d'une condition résolutoire, par suite d'une surenchère ou d'une revente sur folle enchère. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1421. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 898 ; — Cass. 14 avril 1847, D. P. 1847.I.217, Sir. 1847.I.341. — 21 juillet 1863, D. P. 1864.I.339, Sir. 1863.I.489.

2. *Suprà*, p. 197 et 198, — p. 216.

mariée, un mineur ou un interdit, n'auront plus qu'un droit stérile. Après épuisement des deniers, le juge commis à l'ordre ordonnera la radiation des inscriptions des créanciers non colloqués (articles 769 C. proc. civ., 2195 alinéas 2 et 3 C. civ.).

Sont-ce les créanciers autres que la femme, le mineur ou l'interdit qui viennent en ordre utile, ils seront payés, et les créanciers à hypothèques occultes n'auront qu'à se résigner, Est-ce la femme, le mineur ou l'interdit qui vient en ordre utile, si les créances sont acquises et exigibles, elles seront soldées. Mais que fera-t-on si elles ne sont pas exigibles. Les fonds seront consignés, et on attendra que l'événement permette de procéder à un règlement définitif. La pratique autorise les créanciers ultérieurs à exiger remise entre leurs mains, à charge par eux de garantir la restitution si les droits qui les priment viennent à se réaliser plus tard. Mais cet expédient n'est pas légal¹.

1030. Que décider si le prix offert ne couvre pas toutes les créances et si un ou plusieurs créanciers estiment qu'on pourrait en obtenir un plus élevé en poursuivant la vente aux enchères publiques ? Ont-ils le droit de surenchère ?

Au cas de purge ordinaire, l'article 2185 leur reconnaît expressément le droit de surenchérir. Mais ni l'article 2194, ni l'article 2195, relatifs à la purge légale, ne mentionnent le droit de surenchère. Faut-il conclure de là que les créanciers en sont privés ? C'est inadmissible. Le droit de surenchère est indispensable à la sécurité des créanciers ; il est, nous l'avons dit maintes fois², le correctif nécessaire du droit de purger reconnu aux acquéreurs ; il est essentiel. Si les articles 2194 et 2195 ne le mentionnent pas, c'est que le chapitre IX relève seulement les particularités de la purge légale ; il sous-entend les règles qui sont communes aux deux purges et notamment le droit de surenchère.

Donc les créanciers peuvent surenchérir. Ce n'est pas contesté.

1031. Seulement à quelles conditions la surenchère est-

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1426, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 900, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2565, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 245.

2. *Suprà*, n° 983.

elle recevable et valable ? Du moment que les articles 2194 et 2195 sont muets, c'est que les règles de la purge ordinaire restent applicables ; par conséquent, les conditions de l'article 2185 sont exigibles ¹.

Toutefois il en est une qui ne l'est pas. La jurisprudence admet que les créanciers à hypothèques non inscrites, contre lesquels la purge légale est dirigée, doivent, sous peine de forclusion, surenchérir du dixième dans le délai qui leur est accordé pour prendre inscription, c'est-à-dire dans les deux mois ². Ils ont deux mois, d'une manière générale, pour faire valoir leurs droits, soit en s'inscrivant afin d'éviter la forclusion, soit en formant ensuite surenchère s'il y a lieu. Les deux mois des articles 2194 et 2195 remplacent les quarante jours de l'article 2185 ; ils sont donnés pour la surenchère comme pour l'inscription. Les créanciers peuvent, d'ailleurs, soit s'inscrire et surenchérir, soit surenchérir directement sans s'inscrire au préalable, puisque l'hypothèque vaut indépendamment de l'inscription ³.

Les articles 2194 et 2195 ne le disent pas ; mais ils le supposent. La preuve que cette interprétation est exacte est fournie par l'article 772 du Code de procédure, qui prend l'expiration de ces deux mois comme point de départ du délai de trois mois dans lequel doit s'ouvrir la procédure d'ordre ; c'est donc que, faute de surenchère dans les deux mois, il n'y a plus lieu qu'à l'ordre.

Alors, de deux choses l'une. Ou bien les deux mois s'écoulent sans qu'il y ait surenchère ; alors la purge est acquise. Ou bien il y a surenchère dans les deux mois ; alors l'immeuble est mis aux enchères, et il y a lieu à l'adjudication sur surenchère du dixième, avec les suites déjà signalées de cette adjudication ⁴.

Ni l'article 2194 ni l'article 2195 n'énoncent toute ces

1. *Suprà*, nos 983 et suiv.

2. Bordeaux 1^{er} juin 1863, D. P. 1866.V.454, Sir. 1864.II.142, — Cass. mars 1870, D. P. 1870.I.262, Sir. 1870.I.193, — Grenoble 17 avril 1883, *La Loi* du 17 janvier 1884. — Cpr. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1419, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 899, texte et note 14, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 215, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2580.

3. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 508 et 867, — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1120, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, nos 2081 et 2582.

4. *Suprà*, nos 994 et suiv.

règles. Mais ce système, consacré par une pratique constante¹, résulte de la combinaison des règles de la purge légale avec celles de la purge ordinaire.

1032. Toutefois cette solution n'est pas hors de conteste. Car les textes, il faut le reconnaître, ne la formulent nulle part.

D'abord, on pourrait soutenir que la femme, le mineur et l'interdit ne peuvent être tenus de surenchérir pendant la durée du mariage, de la tutelle ou de l'interdiction; et cela pour deux raisons : 1^o parce que le mari ou le tuteur les en empêcherait, ce qui n'a rien d'impossible, — 2^o parce qu'ils seront le plus souvent hors d'état de s'engager à payer le dixième en sus du prix, ce qui n'a rien d'impossible non plus. Mais cette opinion est difficilement soutenable. Le droit de surenchérir n'est pas une protection bien efficace pour la femme et le mineur; mais enfin nier qu'ils puissent perdre ce droit, c'est priver le tiers acquéreur du droit de purger, qui lui est reconnu par l'article 2193, car c'est rendre la purge impossible pendant le mariage ou la tutelle. D'ailleurs, si le défaut d'inscription entraîne la perte de l'hypothèque, ce que déclare formellement l'article 2195 alinéa 1, pourquoi le défaut de surenchère ne produirait-il pas le même effet?

Certains auteurs ont soutenu que les femmes et les mineurs ou interdits ont deux mois pour s'inscrire (article 2195), et qu'une fois inscrits ils ont quarante jours pour surenchérir, aux termes de l'article 2185. Il faudrait superposer les deux procédures et cumuler les deux délais².

D'autres ont été jusqu'à prétendre que l'acquéreur doit procéder à leur égard, après l'inscription, conformément au chapitre VIII, et qu'ils ont, pour surenchérir, quarante jours à partir des notifications à eux faites. En effet, dit-on, l'article 2194 attribue à l'inscription prise dans les deux mois le même effet que si elle avait été prise le jour du mariage ou le jour de l'entrée en gestion du tuteur;

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 899, texte et note 14, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 486 bis II, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 215, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2580. — Cpr. Paris 26 novembre 1857, D. P. 1858.II. 443, Sir. 1858.II.93, — Bordeaux 1^{er} juin 1863, D. P. 1866.V.464, Sir. 1864. II.142, — Cass. 1^{er} mars 1870, D. P. 1870.I.262, Sir. 1870.I.193.

2. En ce sens : Pigeau, *Procédure civile*, II, p. 442.

or, si elle avait été prise à cette époque, le créancier aurait eu le droit qu'on lui adressât les notifications. Puis, si les créanciers n'ont pas le tableau de l'article 2183-3^o, comment sauront-ils s'ils viennent en ordre utile ou s'ils ont intérêt à surenchérir¹ ?

Ce système laisserait la purge possible. Mais il aurait l'inconvénient d'introduire dans la procédure des complications que la loi ne prévoit pas ; les deux purges se grefferaient l'une sur l'autre, ce qui n'est pas admissible.

Il faut tenir pour certain que le créancier a deux mois pour s'inscrire et surenchérir. C'était le système de l'Edit de 1771, auquel a été emprunté le chapitre IX du titre *Des privilèges et hypothèques*².

C. — PURGE SPÉCIALE ÉTABLIE AU PROFIT DES SOCIÉTÉS
DE CRÉDIT FONCIER

1033. Il s'agit ici d'une purge toute spéciale, organisée en vue des opérations de sociétés particulières. Cependant elle n'en fait pas moins partie du droit commun, car nous allons voir qu'elle intéresse tous les créanciers hypothécaires, qui peuvent avoir à compter avec elle.

1034. Elle présente cette particularité qu'elle est faite non par un acquéreur d'immeuble, mais par un prêteur sur hypothèque³. La purge du Code civil n'est possible qu'en cas d'aliénation par le débiteur, et le droit de purger est donné à l'acquéreur. Ici, la purge est faite par des sociétés de crédit foncier, sur le point de consentir un prêt hypothécaire.

Cette purge spéciale a été introduite par le décret-loi du 28 février 1852. Il importe de bien préciser dans quels cas.

Nous avons déjà mentionné⁴ l'article 6 du décret de 1852, aux termes duquel « les sociétés de crédit foncier ne peuvent « prêter que sur première hypothèque ». Les règles relatives à la purge spéciale dont nous nous occupons découlent de ce texte. En effet, si l'emprunteur n'offre en garantie qu'un immeuble déjà grevé d'hypothèque, le prêt n'est pas possible, ou du moins ne le devient que si les créanciers antérieurs sont au préalable remboursés. La société peut elle-

1. Duranton, *Droit français*, XX, n^o 423, — Massé et Vergé sur Zachariæ, V, p. 270, texte et note 13, — Allard, *Revue pratique*, 1875, p. 237; — Limoges 9 avril 1845, D. P. 1845.II.12, Sir. 1845.II.577.

2. *Suprà*, n^o 1022.

3. *Ibid.*, nos 947 et 968.

même faciliter ce remboursement, en prêtant, outre la somme empruntée, de quoi désintéresser les créanciers inscrits. L'immeuble vaut 100.000 francs; le propriétaire veut emprunter 20.000 francs, mais il a déjà consenti une hypothèque pour 20.000 francs; la société prêterait 40.000 francs sur lesquels 20.000 serviront à rembourser le premier créancier; l'emprunteur aura encore 20.000 francs, et la société sera créancière de 40.000 francs.

Cette exigence de l'article 6 peut paraître singulière. N'y a-t-il pas là un sacrifice fait aux mots? Avoir une hypothèque de second rang pour 20.000 francs sur un immeuble qui en vaut 100.000 et qui est grevé déjà pour 20.000, ou avoir une première hypothèque sur un immeuble de 100.000 francs pour 40.000 francs dont on a avancé la moitié, est-ce bien différent? On a voulu que la société fût tout à fait maîtresse de la situation, qu'elle n'eût pas de conflit possible avec un créancier antérieur.

S'il y a des hypothèques inscrites, le prêt n'est possible que dans ces conditions. L'article 6 prévoit l'hypothèse: « Les sociétés de crédit foncier ne peuvent prêter que sur « première hypothèque. Sont considérés comme faits sur « première hypothèque les prêts au moyen desquels tous les « créanciers antérieurs doivent être remboursés en capital « et intérêt... »

Mais alors, comment procéder à l'égard des hypothèques dispensées d'inscription et non inscrites, qui grevent ou peuvent grever l'immeuble? C'est uniquement pour elles qu'a été imaginée la purge spéciale du décret de 1852 (article 8). Cette purge n'est donc qu'un cas particulier de la purge légale; elle est un moyen de faire apparaître les hypothèques occultes, afin de savoir s'il y en a, et de permettre, s'il en existe, un arrangement avec les créanciers.

1035. Cette purge est d'ailleurs très imparfaite.

En premier lieu, elle n'ouvre pas l'éventualité d'une surenchère. La survenance d'une inscription dans le délai imparti au créancier empêche la réalisation du projet de prêt, à moins que l'emprunteur ne soit disposé à emprunter et la société de crédit foncier à prêter une somme suffisante pour désintéresser les créanciers antérieurs, ou à moins que ceux-ci ne renoncent à l'antériorité de leurs hypothèques. S'il ne survient pas d'inscription, le prêt convenu se réalise; s'il

en survient une, le projet de prêt est non venu ; il reste conditionnel tant qu'une inscription peut être prise (articles 8 et 9 du décret).

En second lieu, la purge spéciale du décret de 1852 produit un effet purement relatif. Qu'on lise, en effet, l'article 25 de ce décret : « La purge opérée par le défaut d'inscription prise dans les délais ci-dessus déterminés a pour effet de faire acquérir à la société de crédit foncier le premier rang d'hypothèque relativement à la femme, au mineur ou à l'interdit. Elle ne profite point aux tiers, qui demeurent assujettis aux formalités prescrites par les articles 2193, 2194 et 2195 du Code civil. »

1036. Les formalités à remplir étaient indiquées par les articles 19 à 24 du décret de 1852. Ces articles ont été abrogés et remplacés par la loi du 10 juin 1853, à laquelle il suffit de renvoyer.

Deux points cependant méritent d'être relevés.

1° Aux termes de l'article 2 de la loi, « la purge rendue obligatoire. . . par l'article 8 du décret du 28 février 1852 est désormais facultative ». Il est fort heureux que le législateur de 1853 ait réalisé cette innovation. En effet, depuis la loi du 23 mars 1855, les hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits ne prennent plus rang qu'à la date de leur inscription si elles n'ont pas été inscrites dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle¹ ; la purge du décret de 1852 aurait donc été souvent superflue.

2° En ce qui concerne les formes de la purge, la loi de 1853 établit une distinction entre les hypothèques légales connues et inconnues. S'agit-il des premières, les formes à suivre sont celles des articles 19 à 23 de la loi ; s'agit-il des secondes, les formes à suivre sont déterminées par l'article 24. Il suffit de renvoyer à la lecture de ces articles².

1037. Notons enfin, pour terminer, que la purge du décret de 1852 n'éteint pas les hypothèques. Elle n'a pas d'autre but et pas d'autre effet que d'assurer aux sociétés qui prêtent qu'elles ne seront primées par aucun créancier hypothécaire.

1. *Suprà*, p. 197 et suiv., p. 216.

2. On en trouvera l'analyse et le commentaire détaillé dans Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, nos 2586 à 2594.

V. Le tiers détenteur peut délaisser l'immeuble.

1038. C'est le dernier parti auquel peut s'arrêter l'acquéreur d'un immeuble hypothéqué pour se soustraire aux conséquences du droit de suite. Il peut délaisser cet immeuble, faire le délaissement sur hypothèque (articles 2172 à 2174). Le tiers acquéreur prendra ce parti si aucun des quatre précédents ne lui paraît favorable à son intérêt, s'il ne veut ni payer, parce qu'il n'a pas suffisamment confiance dans l'efficacité de son recours éventuel contre le débiteur, ni purger parce qu'il entrevoit une surenchère comme inévitable, ni cependant se laisser exproprier.

Le délaissement est l'abandon de la possession de l'immeuble, que le tiers acquéreur fait aux créanciers, afin de se soustraire personnellement à la saisie. Comme il n'est tenu qu'hypothécairement, *propter rem detentam*, il cesse, en abandonnant l'immeuble, d'être exposé à la saisie ; il se met personnellement hors de cause, et laisse les créanciers poursuivants en présence de l'immeuble.

Nous avons à rechercher : 1° à quelles conditions le délaissement est possible, — 2° en quelles formes il se fait, — 3° quels en sont les effets.

Première question. — A quelles conditions le délaissement est-il possible ?

1039. Ces conditions résultent du caractère même du délaissement et du but que l'acquéreur se propose en délaissant.

L'acquéreur ne peut délaissé qu'à deux conditions, indiquées l'une et l'autre par l'article 2172 : à la condition 1° de ne pas être personnellement obligé à la dette, — 2° d'être capable d'aliéner l'immeuble.

I. Il faut que le tiers détenteur ne soit pas personnellement obligé à la dette.

En effet, le tiers détenteur qui serait tenu autrement que comme possesseur ne gagnerait rien à délaissé ; la poursuite évitée à un titre continuerait d'être possible à un autre. Donc le débiteur originaire, le codébiteur solidaire, la caution, leurs héritiers ou successeurs ne peuvent pas délaissé. Vainement ils abdiqueraient l'immeuble, puis-

qu'ils resteraient tenus personnellement et pourraient, comme tels, être saisis ¹.

Nous retrouvons ici la question de l'héritier partiaire qui a payé sa part, question déjà rencontrée à propos du bénéfice de discussion et à propos de la purge. L'héritier partiaire qui a payé sa part de la dette n'est pas admis à purger ; ce serait porter atteinte au droit du créancier hypothécaire, et l'obligation de ne pas y porter atteinte pèse sur l'héritier partiaire comme sur son auteur, obligation indivisible, dont l'héritier partiaire reste tenu même après avoir payé sa part ². Mais il doit être admis soit à opposer l'exception de discussion³, soit à délaisser l'immeuble ; car ni la discussion ni le délaissement ne portent atteinte au droit du créancier hypothécaire : la discussion ajourne momentanément l'exercice du droit de suite, le délaissement en change le mode d'exercice, et rien de plus.

II. Il faut qu'il soit capable d'aliéner. — Délaisser n'est pas précisément aliéner, car le tiers détenteur reste propriétaire malgré le délaissement et ne cessera de l'être que par l'effet de l'adjudication faite sur lui, de l'adjudication sur délaissement. Mais le délaissement, s'il ne réalise pas l'aliénation, y conduit naturellement par l'adjudication qui en sera la suite. Il ne peut donc être fait que par un tiers détenteur ayant la capacité d'aliéner.

Par exemple, un tuteur ne peut y procéder qu'en employant les formes nécessaires à l'aliénation de l'immeuble : autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal ⁴.

1. La clause par laquelle l'acheteur s'oblige envers les créanciers inscrits à verser le montant de son prix entre leurs mains donne naissance à une obligation personnelle qui enlève à l'acheteur la faculté de délaisser : Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2184. — A plus forte raison le tiers acquéreur ne peut-il plus délaisser s'il a fait des offres à fin de purge qui ont été acceptées ; il devient alors personnellement obligé. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 728, — Cass. 4 février 1857, D. P. 1857.I.83.

2. *Suprà*, n° 956.

3. *Ibid.*, p. 338.

4. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 505. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 730, note 43, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 295, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 175.

L'héritier bénéficiaire, n'étant ni tenu personnellement ni incapable d'aliéner, peut délaisser. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2189. — *Contrà* : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1181, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 287, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 175.

1040. Ces deux conditions sont seules expressément exigées par la loi. Toutefois, il en est une autre qui résulte du droit commun : la faculté de délaisser ne peut pas devenir pour l'acquéreur un moyen de rompre capricieusement son contrat d'acquisition.

Par exemple, le montant des charges hypothécaires est inférieur au prix d'acquisition ; l'acquéreur n'est poursuivi que dans la limite des obligations que lui impose son contrat ; peut-il délaisser ? Evidemment non. Il n'a aucun motif plausible pour recourir à cet expédient. Le vendeur, en pareil cas, pourrait s'opposer au délaissement, qui, n'étant pas nécessaire, cesse d'être légitime, puisque l'exécution du contrat donne satisfaction aux créanciers. Le vendeur pourrait former tierce opposition au jugement qui aurait admis le délaissement ¹.

Deuxième question. — *Dans quelles formes le délaissement se fait-il ?*

1041. L'article 2174 les indique, au moins en partie.

La première est une déclaration au greffe. Elle est signée du délaissant, assisté d'un avoué, reçue par le greffier, puis notifiée au créancier poursuivant et au vendeur, avec sommation de se présenter à l'audience pour en voir donner acte ².

Cela fait, un jugement admet le délaissement. Ce jugement nomme un curateur à l'immeuble délaissé. L'expropriation se poursuit contre ce curateur ; il est spécialement chargé de veiller à ce que l'immeuble soit vendu aussi avantageusement que possible, dans l'intérêt et du débiteur originaire, qui sera libéré d'autant, et des créanciers hypothécaires subséquents, qui n'ont droit qu'à l'excédent du prix dû au poursuivant.

Ces formalités, dit l'article 2174, s'accomplissent à la re-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 729, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 176, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2187 ; — Cass. 1^{er} juillet 1850, D. P. 1850.I.177, — trib. de Nevers 24 novembre 1891, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1200.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1189, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 730, — Laurent, *Principes*, XXXI, n^o 276, — Bourges 2 avril 1852, D. P. 1854.V.421, — Riom 8 décembre 1852, D. P. 1854.V.420, Sir. 1853. II.634.

quête du plus diligent des intéressés, c'est-à-dire soit du créancier poursuivant, soit du délaissant, soit du débiteur originaire qui a intérêt à mettre fin le plus vite possible à l'incident.

Troisième question. — *Quels sont les effets du délaissement ?*

1042. On ne voit pas, au premier abord, quelle est l'utilité propre du délaissement et l'avantage qu'il procure. Sauf quant à la manière de procéder, il ne modifie en rien, semble-t-il, ni la situation des créanciers, ni celle de l'acquéreur.

Il ne change pas celle des créanciers. En effet, ils vont poursuivre la vente contre le curateur nommé, au lieu de la poursuivre contre l'acquéreur de l'immeuble. A cette nuance près, le résultat est le même.

Il ne change pas celle du tiers détenteur. Celui-ci va, en définitive, au-devant du résultat dont la poursuite le menaçait. Ce qui pouvait lui arriver de pire, c'était d'être exproprié ; en abandonnant l'immeuble, il ne fait que hâter l'événement.

Cependant, si on y regarde de près, on s'aperçoit que le délaissement est avantageux à la fois pour les créanciers poursuivants et pour le tiers détenteur. Par suite, on comprend qu'il constitue un expédient particulier, spécialement prévu.

Sous un rapport, il est profitable aux créanciers, car il vaut à leur profit reconnaissance de leurs hypothèques. Le tiers détenteur ne peut plus être admis à contester ces hypothèques, puisqu'il s'est incliné devant elles.

Il est surtout profitable à l'acquéreur. Mieux vaut pour lui délaisser l'immeuble que de subir l'expropriation, en ce sens que la poursuite, au lieu d'être dirigée contre lui, le sera contre un curateur. De cette façon, le détenteur reste personnellement étranger à la procédure, et se soustrait à tous les ennuis qu'elle engendre.

1043. Voilà l'effet direct du délaissement. Il en est de plus éloignés, et qui donnent lieu à plus de difficultés.

En soi, avons-nous dit déjà¹, le délaissement n'est qu'une abdication de la possession. Le droit de propriété n'échappe

1. *Suprà*, n° 1038.

au tiers acquéreur que par l'adjudication intervenue sur la mise aux enchères.

De là plusieurs conséquences.

1° Jusqu'à l'adjudication, le tiers acquéreur non encore exproprié peut reprendre l'immeuble en désintéressant les créanciers (article 2173). Du moment où les créanciers sont satisfaits, ils n'ont évidemment aucune contestation à soulever.

2° Si, pour une cause quelconque, l'hypothèque venait à s'éteindre, le tiers acquéreur pourrait reprendre l'immeuble. Le créancier poursuivant n'aurait plus, en effet, aucun droit.

3° Jusqu'à l'adjudication, le vendeur pourrait, en désintéressant lui-même les créanciers, contraindre le délaissant à reprendre l'immeuble. Tantôt il y tiendra dans un intérêt de bonne foi, voulant que la transmission consentie par lui soit efficace ; tantôt il aura un intérêt pécuniaire, voulant éviter le recours en garantie que le détenteur exproprié dirigerait contre lui.

4° Si l'immeuble venait à périr par cas fortuit, la perte serait pour le tiers acquéreur, qui n'en devrait pas moins son prix (article 1138)¹.

1044. Allons plus loin. Supposons que les créanciers reprennent contre le curateur les poursuites commencées contre le tiers acquéreur. L'immeuble sera vendu aux enchères, par adjudication sur délaissement, et un ordre s'ouvrira sur le prix d'adjudication.

Rien là que de très simple. Mais quel va être l'effet de cette adjudication sur délaissement quant à l'acquéreur exproprié, dont la possession n'aura été qu'éphémère ? Nous retrouvons, au cas d'adjudication sur délaissement, toute la série des hypothèses et des questions que nous avons rencontrées à propos de l'adjudication sur surenchère du dixième². Aussi, tous les textes relatifs aux éventualités possibles sont-ils communs aux deux hypothèses.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 731.

Ajoutons encore cette conséquence que les hypothèques constituées par le tiers détenteur sur l'immeuble délaissé, même après le délaissement, sont valables.

2. *Suprà*, nos 996 et suiv.

a) Si c'est le délaissant qui, voulant conserver l'immeuble, se porte acquéreur et est déclaré adjudicataire, il conserve et consolide son droit primitif (articles 2189 et 2191). Il a seulement transformé son titre ; il était acquéreur sur aliénation volontaire et exposé comme tel au droit de suite, il est désormais acquéreur sur vente publique forcée et par conséquent à l'abri de toute poursuite.

b) Si c'est un tiers autre que le délaissant qui devient adjudicataire, alors surgit la question de savoir quel est l'effet de l'adjudication. Résout-elle le droit de l'acquéreur, de sorte que l'adjudicataire devienne l'ayant-cause direct de l'ancien propriétaire ? Le laisse-t-elle subsister, de sorte que l'adjudicataire devienne l'ayant-cause de l'acquéreur délaissant ? La question est absolument la même qu'au cas de surenchère. Mêmes intérêts, mêmes éléments de discussion ; car l'article 2177, d'où résulte principalement la difficulté à cause de l'opposition apparente des deux alinéas de ce texte, est commun aux deux hypothèses. Enfin même solution : il y a résolution au regard des créanciers poursuivants et dans la limite de leur intérêt, transmission à tous autres points de vue.

1045. Tels sont les cinq partis entre lesquels peut choisir le tiers détenteur. Chacun d'eux présente une utilité propre, répond à une situation de fait particulière, et réalise sous une forme distincte le droit des créanciers.

Finalement il faut revenir aux articles 2169 et 2183. Le tiers détenteur jouit d'un délai de trente jours, à compter de la sommation, pour prendre un des partis que nous venons d'examiner¹. S'il garde le silence, le créancier rentre dans l'intégrité de son droit. La saisie est pratiquée sur le détenteur ; l'immeuble est vendu aux enchères publiques, et se trouve purgé par la seule transcription du jugement d'adjudication (article 717 C. proc. civ.) ; le créancier a obtenu satisfaction.

Ici encore nous retrouvons la question posée tout à l'heure², celle de savoir quels sont, au regard de l'acquéreur

1. *Suprà*, nos 895 et 933.

2. *Ibid.*, n° 1044 ; — cpr. nos 996 et suiv.

exproprié, les effets du jugement d'adjudication. Elle doit être résolue par les mêmes distinctions.

C'est le résultat final du droit de suite, que nous avons étudié dans sa nature, dans ses conditions d'exercice et dans ses effets.

CHAPITRE V

DE L'EXTINCTION DES PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

1046. Le siège de la matière est à l'article 2180, constituant à lui seul le chapitre VII du titre *Des privilèges et hypothèques*.

L'extinction des privilèges et hypothèques est le terme inévitable et prévu. Les obligations ne naissent que pour s'éteindre tôt ou tard par l'exécution ; les privilèges et hypothèques ne naissent que pour s'éteindre quand ils auront réalisé la garantie qu'on en attend.

1047. A propos de l'extinction des privilèges et hypothèques, nous allons réunir les cas divers dans lesquels les privilèges ou hypothèques sont atteints d'une façon plus ou moins complète, soit dans un seul de leurs éléments, soit dans leur existence même.

Nous classerons ces cas en trois catégories.

1° La première comprend les cas dans lesquels le rang de collocation résultant des privilèges ou hypothèques est perdu sans que le droit lui-même soit atteint, de telle sorte qu'un rang nouveau peut être acquis au lieu et place du rang perdu, en vertu du droit qui subsiste. Il y a perte du rang seul.

2° Dans d'autres cas, le droit de suite résultant du privilège ou de l'hypothèque est perdu sans que le droit de préférence soit atteint. L'extinction est partielle ; elle n'affecte que l'un des éléments du privilège ou de l'hypothèque, sans s'attaquer à l'autre. Il y a perte du droit de suite seul.

3° Enfin il y a des cas dans lesquels le droit même de privilège ou d'hypothèque est perdu, avec tous les éléments qui le composent. L'extinction est alors totale. Il y a perte du droit lui-même. Ce sont, à proprement parler, les causes d'extinction des privilèges et hypothèques.

Reprenons séparément ces trois catégories d'hypothèses. Presque toutes sont déjà connues. Nous ne les reprenons ici

que pour concentrer quelques notions restées éparses et achever ainsi de coordonner le sujet.

§ 1. — Cas dans lesquels le rang est perdu sans que le droit lui-même soit atteint.

1048. Dire que le rang est seul compromis, sans que le droit de privilège ou d'hypothèque soit perdu, c'est dire qu'un rang nouveau peut être acquis par le créancier, en vertu du privilège ou de l'hypothèque qui subsiste, aux lieu et place du rang primitif.

Cette perte du rang seul, sans perte du droit, ne se rencontre jamais dans les privilèges sur meubles ; relativement à eux, le droit est éteint ou le rang de collocation est conservé¹. Elle ne se rencontre que dans les privilèges sur immeubles et dans les hypothèques, parce qu'elle résulte du jeu des règles de la publicité.

Elle se produit dans quatre cas.

PREMIER CAS

1049. En matière de privilèges sur immeubles, le rang afférent au privilège, comme tel, peut être perdu faute par le créancier d'avoir pris inscription dans le délai et sous les conditions établies par la loi. Les articles 2108 à 2111 déterminent ces conditions et délais. Prise régulièrement, l'inscription conserve au privilège le rang qui lui est légalement afférent à raison de sa cause. Prise tardivement et en dehors des conditions fixées, l'inscription donne rang au privilège et ne lui donne rang qu'à la date où elle est prise (article 2113)². Par conséquent, faute d'inscription, le rang légal est perdu, sans que le droit soit atteint. Il y a perte du rang et maintien du droit.

DEUXIÈME CAS

1050. Il en est de même relativement aux trois hypothèques occultes, dans un cas. La femme, le mineur et l'interdit perdent le rang légal afférent à leur hypothèque s'ils ont omis de la faire inscrire dans l'année de la dissolution du mariage, de la fin de la tutelle, ou de la main-levée de l'interdiction (loi du 23 mars 1855, article 8). Prise dans l'année, l'ins-

1. *Suprà*, p. 53 et suiv.

2. *Suprà*, tome I, p. 420 et suiv.

cription conserve à la femme, au mineur ou à l'interdit leur rang légal d'hypothèque ; prise ultérieurement, elle ne donne rang qu'à sa date¹. Donc, faute d'inscription dans l'année, le rang est perdu sans que le droit soit atteint ; il y a encore perte du rang et maintien du droit.

TROISIÈME CAS

1051. Celui-ci est commun à tous les privilèges ou hypothèques.

En matière de privilèges ou d'hypothèques soumis à l'inscription, le rang acquis est perdu faute de renouvellement en temps utile de l'inscription précédemment prise². L'inscription, quelque régulière qu'elle soit, n'est efficace que pendant dix ans. Pour conserver son effet au point de vue du rang qu'elle a donné, il faut qu'elle soit renouvelée. Si l'inscription en renouvellement est prise avant l'expiration des dix ans, elle conserve le rang résultant de l'inscription originale ; prise après l'expiration des dix ans, elle ne donne plus rang qu'à sa date.

QUATRIÈME CAS

1052. Les trois premiers cas sont certains. Le quatrième ne l'est pas ; les solutions consacrées par la pratique sont contestables.

Il se produit quand une inscription régulièrement prise a été rayée ou radiée à tort, à la suite d'une extinction apparente du privilège ou de l'hypothèque³.

1. *Suprà*, p. 197.

2. *Ibid.*, p. 231 et suiv.

3. La radiation d'une inscription hypothécaire est une opération extrêmement simple en la forme.

Le propriétaire de l'immeuble grevé présente au conservateur des hypothèques une réquisition de radiation. Cette réquisition est inscrite, comme tous les actes présentés à un conservateur, au registre de remises (*suprà*, tome I, p. 302).

Le propriétaire doit joindre à la réquisition l'acte en vertu duquel il procède. Cet acte peut être, suivant les cas, soit un acte de mainlevée consentie par le créancier, soit un jugement prescrivant la radiation, soit une ordonnance d'un juge-commissaire la prescrivant à la suite et après la clôture de l'ordre (articles 2157 et 2158). Le conservateur doit vérifier la valeur de ces pièces et ne déférer à la réquisition qu'en connaissance de cause, sous peine d'engager sa responsabilité. Par exemple, s'agit-il de rayer une inscription d'hypothèque légale de femme dotale avec obligation de emploi, comme le paiement n'est libératoire que si le emploi est effectué, le conservateur se fera présenter le contrat de mariage et la preuve que le emploi a été fait.

Le conservateur procède alors à la radiation. En dépit du mot, la radiation

1053. Il y a lieu à radiation dans trois cas : 1° quand le privilège ou l'hypothèque est éteint¹, — 2° quand l'inscription a été prise à tort², — 3° quand le créancier renonce à son inscription. La radiation s'opère du consentement du créancier (article 2157)³ ou par ordre de justice (articles 2157, 2159 et 2160).

Supposons que le consentement du créancier ait été donné par erreur. Ou bien supposons que le débiteur, au refus du créancier, ait fait ordonner la radiation par un jugement en dernier ressort (article 2157) et que ce jugement soit ultérieurement cassé ; le pourvoi n'étant pas suspensif, l'arrêt aura été exécuté. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'une radiation faite à tort, attendu que le privilège ou l'hypothèque existait toujours et n'avait pas produit son effet. La question se pose de savoir quelle va être la situation du créancier. Son droit venant ultérieurement à être reconnu ou reconstitué, pourra-t-il se prévaloir de son hypothèque au préjudice de ceux qui auront traité avec le propriétaire de l'immeuble sur la foi de l'extinction supposée et de la radiation qui en a été la suite ?

1054. Question importante, qui peut se présenter à propos d'hypothèques dispensées d'inscription, comme à propos d'hypothèques ordinaires.

ne consiste pas à rayer, c'est-à-dire à biffer ou à bâtonner l'inscription primitive, mais à insérer en marge une annotation faisant connaître que cette inscription a perdu sa valeur. Cette note est accompagnée d'un renvoi au numéro du registre de remises où la réquisition est portée.

Il serait dangereux d'effacer l'inscription primitive. En effet, il peut arriver que la radiation soit annulée ultérieurement comme ayant été faite en vertu d'un acte irrégulier ; la prudence commande donc de conserver trace de l'inscription radiée.

1. Le privilège ou l'hypothèque étant éteint, l'inscription n'a plus d'utilité et doit disparaître. Sans doute on pourrait attendre qu'elle soit atteinte par la péremption décennale (*suprà*, p. 232) ; mais il est préférable de la supprimer. La radiation suit naturellement l'extinction du privilège ou de l'hypothèque, comme l'inscription a suivi l'établissement du droit. Elle est l'acte de décès du privilège ou de l'hypothèque.

2. On peut supposer : 1° que l'inscription a été requise par un créancier qui n'avait en réalité aucun droit de privilège ou d'hypothèque (Paris 8 mai 1873, D. P. 1873.II.158, Sir. 1873.II.270, — Cass. 5 mai 1874, D. P. 1875.I.20, Sir. 1876.I.277), — 2° que le titre en vertu duquel l'inscription a été requise est venu plus tard à être annulé (Rennes 14 mars 1892, D. P. 1892.II.397), — 3° que l'inscription était irrégulière en la forme, — 4° s'il s'agit d'une hypothèque judiciaire, que la sentence d'où elle résulte a été réformée ou cassée.

3. La capacité requise pour consentir une radiation est celle qui est exigée pour recevoir un paiement : Bordeaux 22 janvier 1892, D. P. 1892.II.128.

Un mineur devient majeur ; le tuteur rend son compte et paie le reliquat. Régulièrement, l'hypothèque dure dix ans après la majorité, puisque jusque-là le tuteur reste responsable (article 475)¹ ; mais l'ex-mineur payé donne mainlevée de l'inscription et celle-ci est rayée. Plus tard, il y a lieu à redressement du compte. L'ex-mineur pourra-t-il se prévaloir de son hypothèque au détriment des créanciers qui, depuis la radiation opérée, auraient traité avec le tuteur sur la foi de cette radiation ?

La même situation peut se présenter relativement à une hypothèque conventionnelle, dans tous les cas où une extinction vient à se produire sans être définitive ou absolue².

1055. En fait, l'intérêt du crédit l'a emporté ici sur l'intérêt individuel du créancier.

Si c'est le créancier qui a consenti à tort la radiation, on considère que le tiers n'en peut être victime. Si l'inscription a été rayée, le créancier, qui aurait pu s'y opposer, ne pourra pas faire revivre son droit au détriment de ceux qui auraient ensuite traité sur la foi de la situation de fait. Il reprend son rang au regard des créanciers qui n'ont pas contracté sur la foi des registres après la radiation, par exemple au regard de ceux qui ont acquis une hypothèque légale depuis la radiation ; car il n'y a pas de raison pour qu'ils profitent d'une erreur commise. Mais il ne reprend pas son rang à l'égard de ceux qui ont contracté depuis la radiation et sur la foi de la radiation, car il y a pour eux droit acquis³.

1. Voy. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 530.

2. Il va sans dire que la radiation une fois opérée ne peut être rétractée que par un jugement. Voy. la note de M. de Loynes sous Paris 9 juillet 1892, D. P. 1893.II. 569 ; — cpr. Cass. belge 20 avril 1893, Sir. 1893.IV.29.

3. En conséquence, le créancier rétabli dans l'effet de son inscription primera : 1° les créanciers inscrits depuis la publication du jugement qui annule ou rétracte la radiation, — 2° les créanciers postérieurs à l'inscription primitive, mais antérieurs à la radiation. — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1107. — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 646, texte et note 42, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 266. — Rouen 10 mai 1875, Sir. 1877. II.117, — Douai 27 février 1878, Sir. 1878.II.299, — Paris 9 juillet 1892, D. P. 1893.II.569 (note de M. de Loynes), — Cass. 26 juin 1895, D. P. 1896.I.548, Sir. 1896.I.781 (note de M. Albert Wahl).

A l'inverse, il sera primé par tous les créanciers inscrits depuis la radiation, mais avant la restauration de l'inscription. Voy. les auteurs précités, et Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1895 ;

La solution est la même si la radiation a été opérée en vertu d'un arrêt plus tard cassé. L'inscription rayée à tort sera rétablie ; mais le rétablissement ne pourra nuire à ceux qui auraient acquis un droit depuis la radiation.

La jurisprudence est fixée depuis longtemps sur ces points, et il ne semble pas qu'elle soit contestée ¹.

Au regard des créanciers inscrits depuis la radiation, le créancier peut bien, puisque la sûreté réelle subsiste, prendre une nouvelle inscription ; mais cette inscription ne vaut qu'à sa date et lui donne un rang nouveau. Par conséquent, ici encore le rang peut être perdu tandis que le droit subsiste ².

1056. Ces solutions sont très contestables en théorie. Elles sont admissibles à la rigueur quand il s'agit de privilèges ou d'hypothèques qui ne valent que par l'inscription : hypothèques judiciaires ou conventionnelles ; l'inscription ayant disparu, elles ne valent qu'en vertu de la nouvelle inscription et n'ont rang qu'à sa date. Mais les solutions admises ne sont-elles pas excessives quand il s'agit de privilèges ou d'hypothèques qui valent et donnent rang indépendamment de l'inscription ? Peu importe que l'inscription prise ait ensuite disparu, puisque l'hypothèque avait un rang indépendamment de l'inscription et conserve ce rang sans elle.

cpr. Cass. 13 avril 1863, D. P. 1863.I.196, Sir. 1863.I.297, — 28 avril 1880, Sir. 1881.I.79.

Il ne peut exercer son action hypothécaire contre le tiers acquéreur qui a fait transcrire son titre et payé son prix dans l'intervalle écoulé entre la radiation et le rétablissement de l'inscription : Cass. 26 juin 1895, précité. Même il importe peu que la transcription et le paiement aient précédé la radiation, au lieu de la suivre, pourvu qu'ils soient antérieurs au rétablissement de l'inscription : Angers 13 juin 1894, D. P. 1897.II.89 (note de M. de Loynes).

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1107, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 646, texte et note 41, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 138 bis VIII, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 266, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 1893 ; — Douai 27 février 1878, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° *Privilèges et hypothèques*, n° 1657, Sir. 1878.II.299, — Cass. 26 juin 1895, D. P. 1896.I.548, Sir. 1896.I.481.

2. Pour satisfaire aux prescriptions de la loi sur la date et la nature du titre, cette nouvelle inscription doit indiquer non le jugement qui annule la radiation, mais l'acte constitutif des droits que le créancier est réputé n'avoir jamais perdus. Les jugements étant déclaratifs de leur nature, le titre du créancier n'est pas la décision qui rétracte la mainlevée, mais l'acte original dont cette décision reconnaît l'existence. Cass. 26 juin 1895, D. P. 1896.I.548, Sir. 1896.I.781.

Tel qui n'aura pas pris inscription conservera son droit intact ; tel autre qui aura pris inscription perdra le sien si l'inscription prise est rayée mal à propos. C'est assurément peu rationnel.

Cependant, la même solution est admise dans les deux cas. La radiation de l'inscription, même si l'inscription eût pu ne pas être prise, autorise les tiers à croire que le droit a disparu ; elle fait aux tiers une situation dont le bénéfice doit leur rester acquis. La pratique est fixée en ce sens ¹.

1057. En résumé, il existe quatre cas dans lesquels le rang afférent à un privilège ou à une hypothèque se perd sans que le droit lui-même soit atteint, de sorte que le créancier, déchu du rang primitivement acquis, n'a plus que celui qu'il peut acquérir à nouveau ².

1058. Ajoutons cependant, pour donner à ces dispositions leur portée exacte, que la perte du rang peut, indirectement au moins, équivaloir en réalité à la perte du droit.

Il en est ainsi, en fait, toutes les fois que le rang nouveau ne permet pas au créancier, par suite d'autres hypothèques acquises dans l'intervalle, d'être colloqué en ordre utile. Théoriquement, la perte du rang primordial n'empêche pas d'en acquérir un autre ; mais si le nouveau rang n'a pas de valeur, la situation est la même que s'il avait été impossible d'acquérir un rang nouveau.

Même, il en est quelquefois ainsi en droit : lorsque, au moment où le rang acquis est perdu, survient un fait qui met obstacle à la prise d'une inscription nouvelle pouvant conférer un rang nouveau. Nous avons maintes fois signalé quels sont ces faits (article 2146).

C'est d'abord l'aliénation. Un droit réel ne peut plus être acquis par un créancier du chef du débiteur sur un bien de celui-ci, dès qu'il a cessé d'en être propriétaire et que le droit de l'acquéreur est opposable aux tiers.

C'est, en second lieu, la faillite du débiteur ou la liquidation judiciaire de ses biens. Il est trop tard, après ces évé-

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 368 et 813 à 814.

2. Il existe même un cinquième cas où il en est ainsi. Le créancier dont l'inscription a été radiée à la suite d'une mainlevée peut, à défaut de paiement de sa créance, prendre une nouvelle inscription, laquelle n'aura d'effet qu'à compter de sa date. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 644.

nements, pour acquérir un droit de préférence au détriment de la masse.

Enfin c'est le décès du débiteur suivi de renonciation à sa succession ou d'acceptation de celle-ci sous bénéfice d'inventaire.

Ces événements ne mettent pas obstacle à une inscription qui ne ferait que conserver un rang antérieurement attribué ou acquis, par exemple à une inscription en renouvellement, ou à une inscription d'hypothèque occulte prise pendant le temps où il y a dispense d'inscription¹. L'inscription qui n'est point attributive de droit, mais seulement conservatoire d'un rang antérieurement acquis, peut être utilement prise même après l'un des faits qui arrêtent le cours des inscriptions. Au contraire, si la péremption est acquise, si l'année est écoulée, l'inscription à prendre n'est plus conservatoire d'un droit acquis, mais attributive d'un droit nouveau ; alors les faits qui arrêtent le cours des inscriptions y mettent obstacle.

Il peut donc arriver que la perte du rang ancien équivaille, en fin de compte, à la perte même du droit d'hypothèque, faute de pouvoir acquérir un rang nouveau.

Il en est de la péremption des hypothèques comme de la péremption d'instance. Celle-ci n'éteint pas les droits et fait seulement tomber la procédure ; mais si, dans l'intervalle, la prescription a atteint les droits, une nouvelle action ne saurait être intentée (article 401 C. proc. civ.).

§ 2. — Cas dans lesquels le droit de suite est perdu sans que le droit de préférence soit atteint.

1059. On ne comprendrait pas le droit de suite survivant au droit de préférence. La saisie ou la surenchère ne sont qu'un moyen de réaliser l'immeuble, par conséquent d'arriver au paiement ; dès que le droit de préférence n'existe plus, la saisie devient sans objet.

A l'inverse, rien ne s'oppose à ce que les créanciers hypothécaires ou privilégiés conservent le droit de préférence, autrement dit le droit de produire à l'ordre et d'être

1. *Suprà*, n° 805, p. 241 et 242.

colloqués sur le prix à leur rang de privilège ou d'hypothèque, alors qu'ils n'ont plus de droit contre l'acquéreur.

Il en est ainsi dans cinq cas. Nous les connaissons presque tous et nous n'avons plus qu'à les grouper ici.

PREMIER CAS

1060. Le droit de préférence survit au droit de suite toutes les fois que l'immeuble affecté par privilège ou hypothèque est sorti des mains du débiteur par vente publique forcée : adjudication sur saisie immobilière, adjudication sur surenchère du dixième ou du sixième, adjudication sur délaissement, expropriation pour cause d'utilité publique¹. Pareilles aliénations ont pour effet légal de fixer définitivement le prix de l'immeuble ; elles transforment le droit des créanciers sur l'immeuble en un simple droit sur le prix ; le droit de suite est perdu et le droit de préférence est conservé².

Ce principe est posé par l'article 717 du Code de procédure en ce qui concerne la vente sur saisie et toutes les ventes qui y sont assimilées, par l'article 17 de la loi du 3 mai 1841 en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique.

1061. Quant au droit de préférence, qui survit au droit de suite, il peut s'éteindre de trois manières.

1° Il s'éteint par le paiement effectif de la créance (article 2180-1°). L'hypothèque s'éteint par voie de conséquence, ou du moins ce qui reste de l'hypothèque, car elle est déjà éteinte pour partie.

La collocation obtenue dans l'ordre n'équivaut pas au paiement ; elle n'est qu'une indication de paiement ; le droit qui motive la collocation subsiste jusqu'au paiement. Aussi, la collocation n'empêche pas le créancier, s'il veut y renoncer, de poursuivre les autres biens du débiteur³, ou de se faire colloquer éventuellement dans un autre ordre

1. *Suprà*, p. 325 et suiv.

2. On ne peut pas dire précisément, dans ce cas, que le droit de préférence subsiste. Il y a plutôt réalisation des effets de l'hypothèque, en ce sens que les rangs sont acquis et qu'il n'y a plus à renouveler les inscriptions.

3. Cass. 18 décembre 1854, D. P. 1854.I.34, Sir. 1855.I.247, — Bourges 11 juin 1855, Sir. 1855.II.636.

pour le cas où il ne recevrait pas, dans le premier, le montant de ce qui lui est dû ¹.

2° Le droit de préférence s'éteint par l'épuisement des deniers. Quand le prix de l'immeuble est épuisé, le droit des créanciers non colloqués s'évanouit ; l'immeuble a acquitté sa dette. Aussi les articles 751 et 759 du Code de procédure prescrivent au juge-commissaire d'ordonner la radiation des inscriptions des créanciers non colloqués.

3° Le droit de préférence s'éteint par le défaut de production à l'ordre en temps utile. Les articles 754 et 755 du Code de procédure prononcent la déchéance.

Toutefois, cette dernière cause d'extinction est purement relative ; les créanciers non produisant ne sont déchus qu'au regard des créanciers produisant ; leur droit subsiste à tous autres égards. Par conséquent, s'il reste des fonds disponibles après paiement des créanciers admis à l'ordre, les créanciers qui n'ont pas produit peuvent se prévaloir de leurs droits contre les créanciers chirographaires ou contre les défailants ².

DEUXIÈME CAS

1062. Le droit de préférence survit au droit de suite en cas de purge proprement dite, à la suite d'une aliénation volontaire ³.

S'il y a eu surenchère, ce deuxième cas rentre dans le précédent. L'adjudication éteint le droit de suite ; le droit de préférence survit et s'éteindra par le paiement ou par l'épuisement des deniers.

Faute par les créanciers d'avoir surenchéri dans le délai légal — quarante jours pour la purge ordinaire et deux mois pour la purge légale — le prix est définitivement fixé ; l'immeuble ne peut plus être remis aux enchères et les créanciers n'ont plus d'action que sur le prix (articles 2186 et 2195 C. civ., 772 C. proc. civ.).

La purge éteint donc le droit de suite, non le droit de

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 675 et 676. — Cpr. Douai 7 décembre 1893, D. P. 1894.II.321 (note de M. Poncet).

2. La consignation du prix par l'adjudicataire sur saisie immobilière fait perdre leur droit de suite aux créanciers hypothécaires. Mais ils conservent, bien qu'ils n'aient pas produit à l'ordre, leur droit de préférence sur le prix à l'égard de tous les créanciers autres que ceux colloqués dans le règlement définitif. Paris 6 mars 1891, D. P. 1892.II.486.

3. *Suprà*, p. 341 et suiv.

préférence. C'est en ce sens que l'article 2180-3° mentionne la purge parmi les causes d'extinction. Cela n'est exact qu'en partie ; la purge entraîne l'extinction non de l'hypothèque, mais d'un seul de ses éléments, le droit de suite.

Quant au droit de préférence, en cas de purge de même que tout à l'heure ¹, il s'éteindra : 1° par le paiement, — 2° par l'épuisement des deniers, — 3° par le défaut de production à l'ordre en temps utile.

TROISIÈME CAS

1063. Le droit de préférence survit au droit de suite quand le créancier consent une renonciation à son privilège ou à son hypothèque, au profit de l'acquéreur de l'immeuble en cas d'aliénation par le débiteur ².

Nous avons reconnu précédemment ³ plusieurs sortes de renonciations.

1° La renonciation dans l'intérêt du débiteur. Elle éteint absolument le privilège ou l'hypothèque, le droit lui-même, avec tous ses éléments (article 2180-2°). L'article 2140 fournit un exemple d'une pareille renonciation.

2° La renonciation, mal à propos qualifiée telle, qui intervient dans l'intérêt d'un créancier soit du débiteur commun, soit du créancier lui-même. Ces renonciations sont plus exactement nommées cessions d'antériorité ou cessions d'hypothèque ; elles transmettent le droit, mais ne l'éteignent pas. C'est en ce sens que la loi du 13 février 1889 a réglé les effets de la renonciation faite par la femme à son hypothèque légale. Toute renonciation faite dans les mêmes circonstances par un créancier quelconque produit un effet identique.

3° La renonciation faite par le créancier, lors de l'aliénation de l'immeuble par le débiteur, dans l'intérêt de l'acquéreur. Cette renonciation doit être restreinte dans la mesure conforme à l'intention des parties. Le créancier qui renonce à se prévaloir de son droit contre l'acquéreur renonce au droit de suite ; mais il n'entend pas renoncer à venir sur le prix à son rang, et conserve son droit de préférence ⁴.

1. *Suprà*, n° 1061.

2. *Ibid.*, p. 273 et suiv.

3. *Ibid.*, p. 260 et suiv.

4. Dijon 17 novembre 1876, *Sir.* 1877. II. 261.

QUATRIÈME CAS

1064. Il est relatif aux privilèges généraux sur immeubles, ceux des articles 2101 et 2104. Ces privilèges ne sont pas soumis à l'inscription quant au droit de préférence (article 2107) ; mais ils y restent soumis en ce qui concerne le droit de suite (article 2166) ¹. Donc le défaut d'inscription fait perdre aux créanciers leur droit de suite, mais laisse intact le droit de préférence ².

CINQUIÈME CAS

1065. Il est prévu par l'article 2198.

Voici l'espèce. Tout acquéreur vigilant doit, avant de conclure son contrat, se renseigner sur la situation hypothécaire de l'immeuble qu'il veut acquérir. Il demandera un certificat d'inscriptions (articles 2196 et 2197), et il évitera de recourir à la purge si le certificat est négatif. L'article 2198 suppose que le conservateur ³ a omis une ou plusieurs charges hypothécaires inscrites sur l'immeuble, dans un certificat requis par l'acquéreur après la transcription de son propre titre. Les conséquences de l'omission ne seront pas subies par l'acquéreur, mais par le créancier dont les hypothèques ont été omises. Le droit de suite est perdu sans que l'acquéreur ait besoin de faire les notifications prescrites par l'article 2198 ⁴, et l'immeuble « demeure « ... affranchi dans les mains du nouveau possesseur ». Il y va de la sécurité de la propriété foncière ; dès que l'acquéreur est garanti par une pièce officielle, il n'a rien à craindre. Mais le droit de préférence subsiste, et ne s'éteint que par le paiement, l'épuisement des deniers, ou le défaut de production en temps utile : « sans préjudice néanmoins du « droit des créanciers de se faire colloquer suivant l'ordre « qui leur appartient, tant que le prix n'a pas été payé par

1. *Suprà*, n° 538.

2. Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 313, — Flandin, *Transcription*, II, n° 1030, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 506, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2229.

3. *Suprà*, tome I, p. 299.

4. Douai 8 mai 1891, D. P. 1892.II.541. — Il importe peu que l'omission soit imputable à la négligence du conservateur ou à un manque de précision du créancier, pourvu qu'elle ne soit pas le résultat d'une faute commise par l'acquéreur dans la rédaction de son contrat ou dans la réquisition de l'état : Bordeaux 17 août 1874, D. P. 1875.II.133, — Cass. 7 décembre 1892, D. P. 1893.I.207.

« l'acquéreur, ou tant que l'ordre fait entre les créanciers « n'a pas été homologué ¹ ».

L'omission prévue par l'article 2198 engage d'ailleurs la responsabilité du conservateur et autorise contre lui un recours garanti par un privilège sur le cautionnement ².

1066. En résumé, il y a cinq cas dans lesquels le droit de préférence survit certainement au droit de suite. Cette survie résulte du mécanisme général du régime hypothécaire ³.

1067. D'après certains interprètes, il existerait un sixième et dernier cas de survie du droit de préférence. Il se présenterait en matière de privilèges sur immeubles, par application des articles 2109 à 2111, relatifs au rang des privilèges des copartageants, des architectes, des créanciers qui demandent la séparation des patrimoines, et de quelques autres similaires. Il résulterait de la combinaison de ces articles avec l'article 2166, qui fixe l'époque jusqu'à laquelle les créanciers peuvent s'inscrire au point de vue du droit de suite.

Pour tous les privilèges indiqués la question se pose dans les mêmes termes. Prenons par exemple l'article 2109, relatif au privilège des copartageants ⁴.

L'article 2109 accorde aux copartageants soixante jours pour s'inscrire à partir du partage ou de l'adjudication sur licitation.

L'inscription prise dans ce délai conserve au privilège son rang, autrement dit le droit de préférence, à la date de la naissance du droit ; le créancier inscrit dans le délai légal

1. Si l'état d'inscriptions a été requis non pas depuis la transcription du titre mais avant cette transcription, l'article 2198 cesse d'être applicable et l'acquéreur ne peut plus prétendre que son immeuble est libéré. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 824 et 825, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, nos 203 et 256, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2226 ; — Cass. 25 avril 1888, D. P. 1889.1.102, Sir. 1889.1.49.

2. *Suprà*, tome I, p. 300.

3. La loi du 10 décembre 1874 (article 17) indiquait un sixième cas de survie du droit de préférence au droit de suite. En cas de perte du navire, s'il était assuré, le droit des créanciers était reporté sur le montant de l'assurance, et cela valait purge ; or la purge éteint le droit de suite et laisse intact le droit de préférence. Mais la loi du 10 décembre 1874 a été abrogée pour celle du 10 juillet 1885. — Voy. sur ce point Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VI, nos 1663 à 1670.

4. *Suprà*, p. 62, p. 313 et suiv.

prime les hypothèques qui auraient été inscrites depuis la naissance du privilège. Mais l'inscription ne peut être prise au point de vue du droit de suite, en cas d'aliénation de l'immeuble grevé, que jusqu'à la transcription de l'acte d'acquisition, sauf pour le vendeur et le copartageant, qui peuvent s'inscrire malgré la transcription s'ils sont dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage (article 2166, modifié par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855).

Supposons une transcription effectuée avant les soixante jours. Quel en est l'effet ? En d'autres termes, comment se combinent les deux délais ? Le créancier, déchu de la faculté de s'inscrire au point de vue du droit de suite, en vertu de l'article 2166 et de la loi de 1855, ne conserve-t-il pas la faculté de s'inscrire encore au point de vue du droit de préférence, en vertu de l'article 2109, au moins tant qu'il est à temps pour produire d'après les règles de l'ordre ?

La même question se pose à propos de tous les privilèges sur immeubles à propos desquels un délai est établi pour prendre inscription à l'effet de conserver le rang légal.

Si l'affirmative était admise, il y aurait là une nouvelle série de cas dans lesquels un créancier aurait le droit de préférence et pourrait prendre inscription à l'effet de le conserver, tout en ayant perdu le droit de suite et la faculté de prendre inscription pour pouvoir l'exercer.

1068. On l'admettait très généralement avant la loi du 23 mars 1855. L'article 834 du Code de procédure autorisait et même imposait cette solution.

Il s'occupait du droit de suite et donnait aux créanciers du chef de l'aliénateur un délai de quinze jours pour s'inscrire à compter de la transcription de l'aliénation. Ce fut un moyen introduit en 1807 pour ramener indirectement la pratique de la transcription, inconsidérément écartée par le législateur de 1804. Si le délai concédé pour prendre inscription au point de vue du droit de suite expirait avant le délai donné pour prendre inscription au point de vue du droit de préférence, le créancier perdait le droit de suite, mais conservait ou pouvait conserver son droit de préférence.

L'article 834 portait : « Les créanciers qui, ayant une hypo-
« thèque aux termes des articles 2123, 2127 et 2128 du Code
« civil, n'auront pas fait inscrire leurs titres antérieurement
« aux aliénations qui seront faites à l'avenir des immeubles

« hypothéqués, ne seront reçus à demander la mise aux en-
 « chères, conformément aux dispositions du chapitre VIII,
 « titre VIII du livre III du Code civil, qu'en justifiant de
 « l'inscription qu'ils auront prise depuis l'acte translatif de
 « propriété, et au plus tard dans la quinzaine de la trans-
 « cription de cet acte. — Il en sera de même à l'égard des
 « créanciers ayant privilège sur des immeubles, sans pré-
 « judice des autres droits résultant au vendeur et aux héri-
 « tiers des articles 2108 et 2109 du Code civil. »

Les « autres droits » réservés de la sorte, c'est avant tout le droit de s'inscrire encore au point de vue du droit de préférence après la perte du droit de suite. Donc il y avait survie possible du droit de préférence au droit de suite.

1069. Qu'est devenu ce système depuis la loi de 1855 et le rétablissement de la transcription ?

L'article 834 a été abrogé par l'article 6 alinéa 3 de la loi de 1855. Et les deux premiers alinéas de cet article, qui remplacent l'article 834, ne contiennent aucune réserve analogue à celle qui était faite par ce dernier. « A partir de la transcription, dit l'alinéa 1, les créanciers privilégiés ou ayant hypothèque, aux termes des articles 2123, 2127 et 2128..., ne peuvent prendre utilement inscription sur le précédent propriétaire. » L'alinéa 2 continue : « Néanmoins, le vendeur ou le copartageant peuvent utilement inscrire les privilèges à eux conférés par les articles 2108 et 2109 du Code civil dans les quarante-cinq jours de l'acte de vente ou de partage, nonobstant toute transcription d'actes faits dans ce délai. »

Aussi la question est-elle devenue plus délicate.

Plusieurs auteurs maintiennent la même solution que par le passé. Ils observent que la loi de 1855 ne s'occupe que du droit de suite, ce qui est exact ; rien n'autorise à croire qu'elle ait modifié une règle qui n'intéresse en rien les acquéreurs puisqu'elle a trait seulement au droit de préférence.

Qu'importe donc la transcription faite par l'acquéreur ? Tant que les règles de l'ordre permettent au créancier de produire utilement, pourquoi ne pourrait-il pas efficacement s'inscrire s'il est dans le délai donné à cet effet par l'article 2109¹ ? Le droit de préférence pourrait donc survivre au droit de suite.

1. En ce sens, Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 596, texte et note 28, —

Il n'y a pas d'arrêt sur la question. Il est probable que la prétention des créanciers ne se produit pas en pratique. Elle est, en effet, bien difficile à admettre. Et voici pourquoi.

Les privilèges immobiliers, même au point de vue de la préférence, ne peuvent être exercés que s'ils sont inscrits (article 2106) ; or, depuis 1855, on ne prend plus d'inscription sur un immeuble du chef du précédent propriétaire quand l'aliénation de cet immeuble a été transcrite ; si on en prenait une, le tiers ne manquerait pas d'en demander la radiation en s'appuyant sur l'article 6 alinéa 1 de la loi de 1855. Sans doute cet article 6 n'est pas applicable aux hypothèques occultes, mais cela tient précisément à ce que le créancier peut les exercer sans qu'elles soient inscrites. Quant aux privilèges, ils ne peuvent être inscrits que dans les quarante-cinq jours qui suivent la transcription (article 6 alinéa 2) ; dès que l'inscription ne peut plus être prise, puisqu'elle est d'ailleurs nécessaire à l'exercice du privilège, celui-ci ne peut plus être exercé. Et si l'article 2109 accorde un délai de soixante jours pour prendre inscription, c'est en supposant que l'immeuble est resté aux mains du débiteur ; il est étranger au cas d'une aliénation, lequel fait l'objet de l'article 2166, modifié par la loi de 1855. L'article 2109 accorde au créancier soixante jours pour s'inscrire à l'effet de conserver le privilège, à moins qu'il ne survienne un fait mettant obstacle à ce que des inscriptions soient prises.

Donc il n'y a pas, dans ce cas, de survie possible du droit de préférence au droit de suite¹.

1070. Quoi qu'il en soit, si l'on admet que la transcription, qui enlève certainement au créancier la faculté de s'inscrire au point de vue du droit de suite, lui laisse la faculté de s'inscrire au point de vue du droit de préférence, à la condition d'être encore dans les délais du Code civil, c'est un nouveau cas dans lequel le droit de préférence survit au droit de suite.

Pont, *Privilèges et hypothèques*, I, n° 318, — Verdier, *Transcription*, II, n° 577 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, I, nos 837 et 881, — III, nos 2091 et 2237.

1. En ce sens, Bressolles, *Exposé sur la transcription*, n° 84, — Flandin, *Transcription*, II, nos 1142 et 1143, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 313, — Dalmbert, *Purge des privilèges et hypothèques*, n° 481 bis.

§ 3. — Cas dans lesquels le droit même de privilège ou d'hypothèque est perdu d'une façon complète.

1071. Dans les cas qui vont être indiqués, il y a perte du droit même de privilège ou d'hypothèque, et de tous les effets, acquis ou possibles, qui s'y rattachent : droit de suite et droit de préférence. Ce sont vraiment les causes d'extinction proprement dites.

C'est d'elles principalement que l'article 2180 présente l'énumération. Principalement, disons-nous ; car il mentionne quelques causes d'extinction qui rentrent dans la catégorie des causes d'extinction partielle : 1° la renonciation (article 2180-1°), qui peut laisser subsister le droit de préférence, — 2° la purge (article 2180-3°), qui n'éteint jamais que le droit de suite.

1072. Les causes d'extinction complète sont de deux sortes. Toutes produisent les mêmes effets et sont, sous ce rapport, de nature identique ; mais elles sont de deux sortes eu égard à la manière dont elles opèrent.

D'après la classification consacrée par l'usage et qui répond d'ailleurs à la nature des choses, les privilèges et hypothèques s'éteignent tantôt par voie de conséquence, tantôt par voie principale.

I. Extinction des privilèges et hypothèques par voie de conséquence.

1073. Les privilèges et hypothèques s'éteignent par voie de conséquence lorsque la créance garantie s'éteint elle-même, en d'autres termes, comme dit l'article 2180-1°, « par l'extinction de l'obligation principale ». Privilèges et hypothèques sont des droits accessoires ; donc ils s'éteignent, cessant d'être utiles, quand la créance s'éteint elle-même.

Dès lors, les causes d'extinction des obligations (articles 1234 et suivants) sont indirectement des causes d'extinction des privilèges et hypothèques : le paiement, la compensation, la novation, la remise de la dette, la confusion, la prescription libératoire, etc.

1074. Toutefois, pour que l'extinction de la créance réagisse ainsi sur le privilège ou sur l'hypothèque, trois conditions sont nécessaires. Il faut qu'elle soit totale, définitive et absolue.

Première condition.

1075. Il faut que l'extinction de la créance soit totale, c'est-à-dire qu'elle entraîne l'extinction de la créance tout entière. Tant qu'une partie de la créance reste due, si minime soit-elle, la sûreté réelle subsiste tout entière à cause de son caractère d'indivisibilité¹. Le privilège ou l'hypothèque garantit la créance et chacune des parties de la créance, et subsiste intégralement tant que la créance n'est pas éteinte en entier (article 2144 alinéa 2).

Deuxième condition.

1076. Il faut que l'extinction de la créance soit définitive, c'est-à-dire qu'elle atteigne la créance sans que celle-ci puisse revivre ou se reconstituer.

1077. Quand l'hypothèque garantit une dette de responsabilité générale, le paiement de ce qui est dû à raison de cette responsabilité n'éteint l'hypothèque que s'il est pleinement libératoire, s'il met fin à la responsabilité de manière à écarter toute action ultérieure du créancier.

Aussi, en matière de tutelle, le paiement du reliquat que peut devoir le tuteur, bien qu'il éteigne présentement la créance du mineur, n'entraîne pas extinction de l'hypothèque légale. L'hypothèque survit à la tutelle, même au compte de tutelle, fût-il soldé ; elle subsiste pour les redressements de comptes tant qu'ils sont possibles.

En effet, le tuteur, malgré le paiement du reliquat de compte, reste responsable, et cela pendant dix ans à partir de la majorité (article 475)². D'où résulte que l'ex-mineur peut refuser de donner mainlevée de son hypothèque et en conserver le bénéfice pour les redressements éventuels de comptes qui seraient faits plus tard³. Si l'inscription avait été prise, le tuteur ne pourrait pas en demander la radiation⁴.

Il en est de même dans tous les cas où une hypothèque

1. *Suprà*, tome I, p. 243 et suiv.

2. *L'état et la capacité des personnes*, tome II, p. 530.

3. Demolombe, *Minorité*, II, nos 143 et suiv., — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 367 et 814. — Rouen 10 mai 1875, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1637, — Cass. 9 août 1882, D. P. 1883.I.134, Sir. 1883.I.402, — Poitiers 31 juillet 1893, D.P. 1895.II.41 (note de M. de Loynes).

4 Cass. 9 août 1882, cité à la note précédente.

garantit une responsabilité éventuelle, notamment en ce qui concerne l'hypothèque de l'Etat sur les biens des comptables.

Souvent, à la suite d'une reddition de comptes régulière, la mainlevée est accordée immédiatement. Dans ce cas, d'après la jurisprudence, l'ex-mineur ne pourrait plus se prévaloir de son hypothèque pour les redressements de compte qui viendraient à être faits, au préjudice des personnes qui auraient traité avec le tuteur ou avec ses héritiers sur la foi de la mainlevée ¹.

Mêmes principes en ce qui concerne l'hypothèque légale de la femme mariée. En thèse générale, la séparation de biens, qu'elle soit ou non l'accessoire d'une séparation de corps, ne fait pas disparaître l'hypothèque légale de la femme, même si elle est suivie d'une liquidation établissant que la femme n'est plus créancière de son mari. L'hypothèque légale, en effet, ne garantit pas seulement les créances qui peuvent exister au profit de la femme au moment de la liquidation, mais encore les gains de survie et autres avantages résultant du contrat de mariage ².

1078. Pour des motifs semblables, une extinction simplement éventuelle, conditionnelle, ne fait pas disparaître immédiatement la sûreté réelle. Car si la créance, considérée comme éteinte, venait à revivre *ex causa antiqua*, le privilège ou l'hypothèque conserverait son utilité.

Une controverse s'est élevée sur ce point, à propos de l'hypothèse d'une *datio in solutum*. Un créancier consent à recevoir en paiement un objet autre que celui qui lui était dû, par exemple un immeuble. Plus tard il est évincé ; il recouvre sa créance, et peut exiger paiement de ce qui lui était dû. Peut-il se prévaloir de l'hypothèque ? La solution est douteuse.

D'après les uns, l'extinction a été définitive. En cas d'éviction un droit nouveau prend naissance ; ce n'est pas l'ancien qui revit. A l'appui de cette manière de voir on peut invoquer l'article 2038, aux termes duquel l'éviction de la chose livrée en paiement ne fait pas renaître l'obligation de la caution. Si la caution est déchargée, c'est que l'ex-

1. Cass. 30 mai 1878, Sir. 1879.I.49 (note de M. Lyon-Caen).

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 368.

tion a été définitive. Ce que la loi dit du cautionnement ne doit-il pas être étendu aux autres sûretés qui peuvent garantir la créance ? On ne voit pas où serait le motif d'une différence à établir ¹.

Mais cette opinion est très contestable. L'effet de la *datio in solutum* est subordonné, dans l'intention des parties, à la condition que le créancier conservera la chose ². « Ces sortes de paiement, dit Domat, renferment la condition qu'ils subsistent ³. » La condition ne se réalisant pas, la *datio* est considérée comme non avenue, et la créance avec ses accessoires revit tout entière. Quant à l'article 2038, il fait à la caution une faveur spéciale, qui ne doit pas être généralisée ⁴.

1079. Bien entendu, dans ce cas, comme dans tout autre analogue, si l'inscription de l'hypothèque avait été rayée à la suite d'une extinction purement apparente de la créance, le créancier ne pourrait se prévaloir de la sûreté réelle au préjudice de ceux qui auraient traité sur la foi de la radiation ⁵.

Troisième condition.

1080. L'extinction de la créance, pour entraîner l'extinction du privilège ou de l'hypothèque, doit être absolue, c'est-à-dire avoir opéré sans réserve de la sûreté accessoire.

Une pareille réserve résulte quelquefois de la loi, d'autres fois de la volonté des parties. Elle peut aussi être inhérente au mode d'extinction.

Ainsi, le paiement entraîne l'extinction de la créance et par suite de l'hypothèque ; à moins cependant qu'il ne soit fait avec subrogation, car alors, malgré le paiement, les privilèges et hypothèques subsistent au profit du subrogé, comme garantie de ce qui lui est dû. C'est précisément en

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 811 et 812, — Demolombe, *Contrats*, V, nos 288 à 293, — Laurent, *Principes*, XVIII, n^o 323, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 162 bis II, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2251. — Cass. 10 mai 1858, D. P., 1858.I.284, Sir. 1859.I.161.

2. Fragm. 18, Dig., *De solutionibus*, XLVI, 3.

3. *Lois civiles*, liv. III, tit. I, sect. VII, n^o 6.

4. En ce sens : Troplong, *Privilèges et hypothèques*, IV, nos 847 et suiv., — Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1230, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 243.

5. *Suprà*, nos 1054 et suiv.

cela que consiste l'effet de la subrogation (article 1249).

Ainsi encore, la novation entraîne l'extinction de la créance et par suite de l'hypothèque; à moins cependant que l'hypothèque ne soit réservée pour être attachée à la nouvelle créance qui remplace la première (articles 1278 et 1279).

De même, la compensation, en éteignant la créance, fait disparaître l'hypothèque. Cependant, le créancier peut se prévaloir de l'hypothèque s'il a payé lui-même ce qu'il devait, ignorant et ayant un juste motif d'ignorer la créance qui devait compenser sa dette. Cela est dit formellement par l'article 1299.

Enfin la confusion est également une cause d'extinction. Toutefois, par sa nature même, elle a plutôt pour effet de neutraliser l'exercice de l'action que d'éteindre, à proprement parler, l'obligation; d'où il faut conclure que, si la cause de la confusion disparaît, la créance revit avec les privilèges ou hypothèques qui la garantissaient.

Bornons-nous à énoncer ces réserves; leur examen rentre dans l'étude des divers modes d'extinction des obligations. Il suffit ici d'avoir dégagé ce principe: il n'y a vraiment extinction de l'hypothèque que si l'extinction de la créance est absolue.

1081. Ici encore¹, rappelons que la survivance de l'hypothèque, malgré son extinction apparente, ne lui assure pleine efficacité que si l'inscription n'a pas été rayée, ou si elle n'est pas périmée. Si elle a été rayée ou n'a pas été renouvelée en temps utile, le rang du créancier ne sera plus fixé que par la nouvelle inscription prise en vertu du droit conservé.

1082. En résumé, si l'extinction de la créance entraîne, par voie de conséquence, l'extinction de l'hypothèque, c'est à la condition qu'elle soit totale, définitive et absolue. Faute de réunir ces trois caractères, l'extinction n'est qu'apparente, et il reste place pour l'exercice ultérieur de l'hypothèque. Dès lors, le créancier a le droit d'exiger que les choses restent en l'état et que l'inscription subsiste, puisque l'hypothèque n'est pas définitivement éteinte.

1. Cpr. *suprà*, n° 1079.

II. Extinction des privilèges et hypothèques par voie principale.

1083. Le privilège ou l'hypothèque s'éteint alors sans que la créance cesse d'exister. La sûreté disparaissant, la créance ne subsiste que comme chirographaire, ou du moins comme dépourvue de la garantie qui y était attachée.

L'article 2180 indique deux causes d'extinction de ce genre : la renonciation du créancier à l'hypothèque (article 2180-2^o) et la prescription (article 2180-4^o). Il convient d'en ajouter trois autres, ce qui porte à cinq le nombre des causes d'extinction par voie principale ¹.

I. Les restrictions et réductions.

1084. Nous avons déjà présenté la théorie de ces restrictions et réductions ². Il suffit donc de les rappeler ici pour mémoire.

Les trois hypothèques générales des femmes mariées, des mineurs et des interdits sont sujettes à la restriction dans les conditions indiquées par les articles 2140 et suivants. Quant à la réduction, les hypothèques générales soumises à l'inscription y sont sujettes dans les conditions indiquées par les articles 2161 et suivants.

Il est clair que, pour les immeubles dégrevés, l'hypothèque cesse d'exister.

II. La renonciation du créancier.

1085. « Les privilèges et hypothèques, dit l'article 2180, « s'éteignent : 2^o par la renonciation du créancier à l'hypothèque. »

Le texte vise la renonciation par laquelle le créancier abdique son droit dans l'intérêt du débiteur, plus généralement dans l'intérêt du propriétaire de l'immeuble, sans d'ailleurs

1. Le défaut d'inscription du privilège sur immeuble ou de l'hypothèque en temps utile ne doit pas être regardé comme une cause d'extinction de la sûreté réelle. Il rend seulement la sûreté inefficace vis-à-vis des tiers, ce qui n'est pas du tout la même chose en droit. Voy. *suprà*, p. 32 et suiv., 175 et suiv.

2. *Suprà*, p. 152, — p. 165 et suiv.

faire remise de la dette. C'est la renonciation purement extinctive, qui est rare dans la pratique.

Tout autre, nous l'avons déjà dit¹, est la renonciation consentie en faveur de l'acquéreur de l'immeuble, spécialement quand elle émane de la femme (loi du 13 février 1889). La renonciation est alors une cause d'extinction du droit de suite, mais non du droit de préférence.

Autre également est la renonciation faite au profit d'un autre créancier du débiteur commun, ou d'un tiers². La renonciation est alors translatrice et non extinctive; elle s'analyse en une cession d'hypothèque ou en une cession d'antériorité; elle n'est pas une cause d'extinction, mais de transmission.

L'article 2180 alinéa 2 ne vise que la renonciation consentie au profit du débiteur. Elle seule est une cause d'extinction.

1086. Trois questions de détail à ce propos.

Première question. — En quelle forme la renonciation doit-elle être faite? Aucune n'est indiquée; d'où il faut conclure qu'aucune n'est exigée. La renonciation peut être faite par écrit ou verbalement; elle peut même être tacite: l'article 508 du Code de commerce l'induit de ce fait que le créancier vote au concordat³.

Deuxième question. — Quelle est la capacité exigée du créancier renonçant?

Les uns font observer que le créancier, en renonçant à son hypothèque, compromet sa créance, au moins éventuellement, et que, par suite, il doit être capable de disposer de cette créance⁴.

1. *Suprà*. p. 273 et suiv., — p. 422.

2. *Ibid.*, p. 268 et suiv.

3. C'est le vote et non l'assistance au concordat qui entraîne la renonciation: Cass. 11 février 1880, Sir. 1880.I.164. — Le créancier qui a une créance chirographaire et une créance hypothécaire peut prendre part pour la première au vote du concordat, sans perdre l'hypothèque qui garantit la seconde: Nîmes 23 avril 1884, *Journal des faillites*, 1885, p. 536.

La déchéance de l'article 508 est absolue. Il importe peu que le concordat ait été homologué par le tribunal de commerce (Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 2^e édition, VII, n° 579, — Boistel, *Droit commercial*, n° 1037, — Rouen 30 mars 1892, D. P. 1892.II.445, — Cass. 6 mars 1894, D. P. 1894.I.49), — ou que, après avoir été homologué, il soit ultérieurement annulé ou résolu (Lyon-Caen et Renault, *loc. cit.*, n° 580, — Cass. 6 mars 1894, précité, — Rennes 20 mai 1893, D. P. 1893.II.331).

4. En ce sens: Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1233, — Thézard,

Les autres font observer que l'hypothèque est un droit immobilier. Ils en concluent que le renonçant doit avoir la capacité de disposer de ses immeubles ¹.

Troisième question. — La renonciation implique-t-elle le concours du débiteur, plus généralement du propriétaire de l'immeuble ? La renonciation *in favorem* suppose certainement le concours du bénéficiaire. Quant à la renonciation purement abdicative, elle est un simple abandon et constitue un acte unilatéral ².

III. La perte de la chose affectée par privilège ou hypothèque.

1087. L'article 2180 ne mentionne pas cette cause d'extinction. Mais elle résulte du droit commun et elle est prévue par deux lois spéciales : la loi du 19 juillet 1889, relative à la restriction du privilège du bailleur d'un fonds rural et à l'attribution des indemnités dues par suite d'assurances ³, — la loi du 8 février 1897 sur les domaines congéables ⁴.

1088. La perte de la chose affectée par privilège ou par hypothèque consiste le plus souvent dans une destruction matérielle.

Appliquée aux privilèges mobiliers, notamment aux privilèges spéciaux sur meubles, cette destruction matérielle se conçoit aisément. Appliquée aux privilèges immobiliers ou à l'hypothèque, elle est plus rare, bien qu'elle reste

Privilèges et hypothèques, n° 244. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2260 ; — Liège 24 juin 1887, *Journal des conservateurs des hypothèques*, 1888, p. 61.

1. En ce sens : Laurent, *Principes*, XXXI, n° 373.

2. La jurisprudence considère la renonciation du créancier à son hypothèque comme un acte unilatéral, valable indépendamment de toute acceptation de ceux à qui il doit profiter. D'où cette conséquence que le créancier ne peut plus se rétracter, même si les intéressés n'ont pas encore adhéré à la renonciation. Cass. 19 novembre 1855, D. P. 1855.I.175, Sir. 1856.I.145, — Nîmes 5 août 1862, D. P. 1863.II.29, Sir. 1862.II.402, — Orléans 8 août 1889, sous Cass. 21 octobre 1891, D. P. 1892.I.221, Sir. 1895.I.447, — Orléans 29 novembre 1889, D. P. 1890.II.153 (note de M. Mérignhac), Sir. 1891.II.35.

Cette thèse, parfaitement juste lorsque la renonciation est abdicative, cesse d'être exacte lorsqu'elle est consentie *in favorem*, dans le dessein de transférer à un tiers le bénéfice de l'hypothèque. La renonciation est alors *investitive*, comme disent MM. Baudry-Lacantinerie et de Loynes ; elle présente le caractère d'une convention et ne saurait devenir parfaite que par l'accord des parties (*Privilèges et hypothèques*, III, n° 2259).

3. *Suprà*, tome I, p. 281 et suiv.

4. *Suprà*, p. 17.

possible. L'immeuble affecté était une maison, elle est détruite, incendiée par exemple ; c'était un usufruit, il prend fin. Le privilège ou l'hypothèque s'évanouit faute d'objet.

Si la perte est totale, la sûreté disparaît. Si la perte est partielle, le créancier conserve son droit sur ce qui subsiste de la chose, par exemple sur le sol s'il avait hypothèque sur une maison et que celle-ci soit incendiée.

Mais les effets de la cause d'extinction qui nous occupe sont atténués dans un cas. Pour mettre fin à de longues incertitudes, pour mieux assurer l'efficacité des sûretés réelles et servir ainsi les intérêts du crédit, la loi du 19 juillet 1889, en cas de perte ou de destruction de la chose affectée au paiement, a étendu le droit des créanciers sur le montant des indemnités d'assurance, de quelque assurance qu'il s'agisse : assurance contre l'incendie, la grêle, la mortalité des bestiaux et autres risques.

Nous n'avons pas à revenir sur cette loi ; nous en avons parlé sous l'article 2118, à propos des biens susceptibles de privilège ou d'hypothèque¹. Depuis qu'elle est en vigueur, le droit de préférence a pour objet : 1^o le prix du bien affecté, — 2^o l'indemnité d'assurance allouée au cas de perte ou de sinistre.

1089. La destruction matérielle n'est pas la seule forme sous laquelle la perte de la chose affectée par privilège ou hypothèque puisse se produire. Dans un cas spécial, la perte de la chose résulte d'une destruction non pas matérielle, mais juridique.

Ce cas est prévu par l'article 11 de la loi du 8 février 1897, sur les domaines congéables. Nous avons déjà rencontré² l'article 5 de cette loi, qui établit un privilège immobilier au profit du domanier. C'est maintenant de l'article 11 que nous avons à parler.

Pour le comprendre, il faut se rappeler que le domanier a non seulement la jouissance du fonds à lui baillé, mais encore la propriété des édifices et superficies élevés par lui sur le fonds postérieurement au contrat. Le bailleur exerce-t-il le droit de congément, ou droit de congédier le domanier, il doit lui rembourser la valeur des édifices et superficies ; le preneur

1. *Suprà*, tome I, p. 281 et suiv.

2. *Suprà*, p. 17 et suiv.

fait-il exponse, il a droit à une indemnité représentant la plus-value donnée au fonds par les édifices et superficies ¹.

Ajoutons encore une indication. Tant que le contrat n'a pas été rompu, les édifices et superficies sont la propriété du domanier. Mais constituent-ils entre ses mains un meuble ou un immeuble ? Cela dépend. A l'égard des tiers, ils constituent un immeuble, de sorte que le domanier peut les hypothéquer et qu'ils peuvent être grevés de son chef soit de privilèges immobiliers, soit d'hypothèques légales ou judiciaires. A l'égard du propriétaire du fonds, ils ne sont que des meubles, insusceptibles par conséquent d'être hypothéqués. Et ce caractère mobilier l'emporte, subsiste seul, même à l'égard des tiers, lorsque le bail prend fin par suite d'un congément, d'une exponse ou d'une vente sur bannies ².

Ces principes étant posés, supposons que les édifices et superficies sont grevés d'hypothèque du chef du domanier, puis qu'un congément, une exponse ou une vente sur bannies intervient. Comme les immeubles sont seuls susceptibles d'hypothèques, les édifices et superficies, une fois le bail anéanti, peuvent être considérés comme perdant toute existence au point de vue des hypothèques dont ils étaient grevés. Il se produit une véritable destruction juridique de la chose affectée, et cette destruction entraîne le même effet qu'une destruction matérielle : l'extinction de la sûreté réelle grevant la chose.

Seulement l'article 11 de la loi du 8 février 1897 atténue les effets de cette extinction par une disposition fort analogue à celle qui a été consacrée par la loi du 19 juillet 1889 pour le cas de perte matérielle d'une chose grevée d'hypothèque et assurée. « En cas de congément, dit l'article 11, « d'exponse ou de vente sur bannies, les créanciers hypothécaires du domanier auront un droit de préférence sur les « sommes attribuées à ce dernier, d'après le rang de leurs « inscriptions, sans aucun préjudice des droits du foncier. « Sera nul tout paiement effectué par le foncier à l'encontre

Voy. *suprà*, p. 17. — C'est le paiement de l'indemnité due en cas d'exponse qui est garantie au domanier par le privilège qu'établit l'article 5 de la loi.

Voy. sur ces divers points le rapport de M. Grivart au Sénat. Les passages intéressants au point de vue qui nous occupe sont reproduits dans D. P. 1897 IV. 15, col. 2 et 3. — Cpr. *L'Annuaire de législation française* publié par la *Société de législation comparée*, 17^e année (1898), p. 53, note 4.

« de ce droit de préférence ¹. » Sans cette disposition, le crédit hypothécaire du domanier n'aurait pas été suffisant en ce qui concerne les édifices et superficies ; les hypothèques par lui concédées sur les édifices et superficies auraient été trop fragiles.

IV. *La confusion.*

1090. Elle peut être une cause d'extinction par voie de conséquence quand elle se produit à propos de la créance garantie, et cette hypothèse rentre dans les prévisions de l'article 2180-1°. « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent en la même personne, dit l'article 1300, « il se fait une confusion de droit qui éteint les deux « créances. »

La confusion peut devenir, en outre, une cause d'extinction principale, auquel cas le créancier perd seulement sa garantie. Il en est ainsi lorsque le créancier devient propriétaire de l'immeuble hypothéqué, ou que le propriétaire de l'immeuble devient créancier. Cela n'empêche pas la créance de subsister ; mais il est clair que le privilège ou l'hypothèque s'éteint, car on ne peut pas avoir privilège ou hypothèque sur son propre bien. Il s'éteint, sauf à renaître si l'acquisition est résolue *ex causa antiqua* ².

V. *La prescription.*

1091. « Les privilèges et hypothèques s'éteignent, dit « l'article 2180... : 4° par la prescription... » Ce texte n'est pas exempt de difficultés.

La prescription peut être une cause d'extinction du privilège ou de l'hypothèque par voie de conséquence, quand elle s'accomplit relativement à la créance garantie. La pres-

1. Le texte ajoute : « Le congément, l'exponse et la vente sur bannies rendront exigibles les créances hypothécaires consenties par le domanier sur « ses droits convenanciers. »

2. Si la confusion cesse rétroactivement, l'hypothèque renaît avec la créance, l'une et l'autre étant censées avoir toujours subsisté : Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 812 et 813, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 243. — Seulement l'inscription peut devenir inefficace faute d'avoir été renouvelée en temps utile.

Si la confusion cesse sans rétroactivité, par exemple à la suite d'une cession, les privilèges et hypothèques ne doivent pas revivre au préjudice des droits acquis par les tiers.

cription est alors libératoire ; elle libère le débiteur parce qu'elle éteint la créance ; par là même, elle éteint aussi les sûretés réelles qui la garantissaient, puisqu'elles sont des droits accessoires.

La prescription peut être, en outre, une cause d'extinction principale, autrement dit éteindre l'hypothèque ou le privilège sans la créance, quand elle s'accomplit relativement au privilège ou à l'hypothèque seul, la créance subsistant. La prescription est alors extinctive du droit réel ; elle libère l'immeuble, en éteignant directement l'hypothèque, sans que la créance soit atteinte.

Ces deux applications de la prescription comme mode d'extinction des sûretés réelles sont prévues l'une et l'autre par le 4° de l'article 2180 : la première par le premier alinéa, la seconde par le second. Elles interviennent dans des hypothèses différentes, qu'il importe de distinguer.

PREMIÈRE APPLICATION

1092. Tant que le bien grevé de privilège ou d'hypothèque est entre les mains du débiteur, le privilège ou l'hypothèque ne se prescrit pas par voie principale ; la prescription ne peut l'atteindre que par voie de conséquence, en même temps que la créance et par l'intermédiaire de la créance. « La prescription, dit l'article 2180-4° alinéa 1, est acquise « au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, « par le temps fixé pour la prescription des actions qui « donnent l'hypothèque ou le privilège. » Les « actions qui « donnent l'hypothèque ou le privilège » sont les créances que l'hypothèque ou le privilège garantit.

Dans ce cas, la créance et sa garantie ne font qu'un ; leur sort est commun et en quelque sorte lié ; tant que la créance existe, le privilège ou l'hypothèque subsiste également. Le débiteur ne peut pas plus libérer l'immeuble par la prescription que par la purge ; tant qu'il est débiteur, il doit la garantie fournie et ne saurait ni purger ni prescrire.

Donc, d'une part, les suspensions ou interruptions de prescription qui se produisent quant à la créance profitent à l'hypothèque ; d'autre part, dès que la créance est prescrite — et les délais de la prescription libératoire sont variables depuis six mois jusqu'à trente ans — la sûreté l'est

en même temps et par là même. Voilà ce qu'entend exprimer l'article 2180-4^o alinéa 1^{er}.

1093. Ainsi compris, ce texte fait double emploi avec le 1^o de l'article 2180. Mais il y ajoute quelque chose.

1094. Il fait double emploi en ce sens qu'il en résulte que la prescription de la créance emporte prescription de l'hypothèque. Or cela résulte déjà du 1^o ; il dit que les privilèges et hypothèques s'éteignent par l'extinction de l'obligation principale, et la prescription libératoire figure précisément parmi les causes d'extinction des obligations. Pour expliquer la répétition, qui est indéniable, on a dit que les rédacteurs du Code ont cru cette répétition nécessaire à raison d'une particularité que présentait l'ancien droit, que celui-ci avait empruntée au droit romain² et qu'ils ont voulu faire cesser. Dans l'ancien droit, l'action hypothécaire à raison du droit d'hypothèque durait quarante ans, c'est-à-dire qu'elle survivait à l'action personnelle à raison de la créance qui se prescrivait par trente ans en général³. Pendant les dix années d'écart, alors que l'hypothèque survivait à la créance, le créancier pouvait poursuivre hypothécairement et obtenir paiement non pas précisément de ce qui lui était dû, car la créance était éteinte, mais jusqu'à concurrence de la valeur produite par la chose⁴. Pothier en donnait cette raison que la prescription de la créance laisse subsister une obligation naturelle, pouvant servir de fondement à l'hypothèque⁵. L'immeuble, sinon le débiteur, continuait à devoir ; le créancier pouvait exiger, non ce qui lui était dû, mais ce que l'immeuble pouvait lui payer.

L'article 2180-4^o alinéa 1 abroge cette singularité en décidant que l'hypothèque ne survit pas à la créance. C'est pour cela qu'il répète ce que décidait déjà le 1^o de l'article.

1095. Mais il ne fait pas que répéter le 1^o. Il y ajoute quelque chose. Il marque catégoriquement, par l'antithèse avec la

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1253, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 519, texte et note 58, — III, p. 814, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 164 bis, — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n^o 573. — Cass. 8 novembre 1858, Sir. 1859.I.428, — Toulouse 18 décembre 1874, Sir. 1875.II.409.

2. Constit. 7, C. de Justinien, *De præscriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, VII, 39.

3. Pothier, *Coutume d'Orléans*, XIV, 60, — *Traité de l'hypothèque*, III, 6.

4. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 248, p. 338.

5. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, ch. III, § 4, *in fine*.

suite du texte, que le débiteur ne peut pas prescrire l'hypothèque par voie principale, qu'il peut prescrire seulement la créance et l'hypothèque par voie de conséquence. Tant que le bien affecté par privilège ou hypothèque est aux mains du débiteur, la sûreté ne se prescrit pas principalement¹. Encore une fois, le débiteur ne peut pas plus libérer l'immeuble par la prescription que par la purge.

Par débiteur, il faut entendre ici, comme en matière de purge (articles 2170 et 2172)², non seulement le débiteur originaire, mais en outre quiconque est personnellement obligé. Les héritiers et successeurs du débiteur, les tiers détenteurs personnellement tenus comme cautions ou codébiteurs sont assimilés au débiteur, par opposition au vrai tiers détenteur. L'article 2180-4^o alinéa 1 est applicable toutes les fois que l'hypothèque est invoquée par action personnelle. Par exemple, un acheteur s'est engagé à désintéresser le créancier hypothécaire ; l'hypothèque subsiste tant que la poursuite par action personnelle est possible, autrement dit pendant trente ans.

SECONDE APPLICATION

1096. Cette seconde application de la prescription ne se présente que dans un cas : lorsque le bien affecté par privilège ou par hypothèque est aux mains d'un tiers détenteur non obligé personnellement à la dette. Le privilège ou l'hypothèque peut alors être prescrit principalement ; la prescription devient un mode d'extinction dans l'intérêt de la propriété foncière, dont elle facilite la libération.

Il faut supposer, bien entendu, qu'à la suite de l'aliénation il n'y a eu ni purge, ni règlement ayant entraîné la libération de l'immeuble, en d'autres termes que les choses sont restées en l'état.

Le tiers détenteur prescrit alors le privilège ou l'hypothèque comme il prescrirait une servitude grevant le fonds. C'est la même prescription qui est invoquée dans les deux cas : la prescription extinctive, qui libère l'immeuble sans libérer le débiteur.

1097. Elle est acquise, dit l'article 2180-4^o alinéa 2,

1. Rennes 30 mars 1895, D. P. 1895.II.209 (note de M. Dupuich), Sir. 1896.II.41 (note de M. Dalmbert).

2. *Suprà*, n^o 952.

« par le temps réglé pour la prescription de la propriété à « son profit », c'est-à-dire au profit du tiers détenteur.

Ces mots ne signifient pas que les deux prescriptions — la prescription acquisitive de la propriété et la prescription extinctive de l'hypothèque — s'accomplissent en même temps, mais qu'elles s'accomplissent par application des mêmes règles soit quant au temps, soit quant aux autres conditions¹.

Elles peuvent s'accomplir à des dates différentes. En effet, la prescription de l'hypothèque, envisagée isolément, se sépare très nettement de la prescription de la créance² et aussi de celle de la propriété s'il y a lieu ; elles ne courent pas entre les mêmes personnes. La prescription de la créance court au profit du débiteur contre le créancier ; celle de l'hypothèque court au profit du tiers détenteur contre le même créancier ; celle de la propriété, en cas d'acquisition *a non domino*, court au profit de l'acquéreur contre le vrai propriétaire. Donc les trois prescriptions — on peut supposer qu'elles courent parallèlement — courent contre des personnes distinctes. De sorte qu'il peut y avoir quant à l'une des causes de suspension, des interruptions qui ne touchent pas les autres ; en outre, les délais peuvent être différents, puisqu'il faut tenir compte du domicile des parties (articles 2265 et 2266), et aussi de la bonne foi, qui peut exister quant à la propriété, non quant à l'hypothèque ou réciproquement³. C'est dire que les trois prescriptions sont distinctes et s'accomplissent séparément. A supposer que le détenteur ait acquis *a non domino* un immeuble hypothéqué, il pourrait avoir acquis la propriété sans que les hypothèques fussent éteintes ; inversement, il pourrait avoir prescrit les hypothèques contre le créancier, sans avoir prescrit la propriété contre le *verus dominus*.

1098. Nous n'avons à prévoir spécialement ici que la prescription invoquée par le tiers détenteur contre le créancier, la

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1254, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2280.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 819, texte et note 3, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IV, n° 164 bis I, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, nos 249 et 250.

3. *Sic* : Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 250. — Cpr. Glasson, *Revue pratique*, 1873, p. 224, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2287.

prescription extinctive de l'hypothèque. Quel en est le caractère ? Sous quelles conditions s'accomplit-elle ?

Quant aux effets, c'est une prescription extinctive. Elle affranchit l'immeuble, au profit du tiers détenteur, du droit réel qui l'affectait.

Quant aux conditions, elle est traitée comme une prescription acquisitive et subordonnée aux mêmes conditions : c'est l'*usucapio libertatis*. Le tiers détenteur acquiert la libération de l'immeuble comme il acquerrait l'immeuble lui-même ; il acquiert le démembrement de la propriété, privilège ou hypothèque, précédemment attribué au créancier privilégié ou hypothécaire. Il doit donc réunir les conditions exigées pour la prescription acquisitive¹.

1° Il lui faut avoir la possession de l'immeuble, avec les qualités exigées par l'article 2229.

2° S'il a juste titre et bonne foi, il prescrira par dix à vingt ans (article 2265)² ; dans le cas contraire, par trente ans seulement (article 2262).

C'est à cet ensemble de règles que se réfère l'article 2181-4° alinéa 2. Il ne parle expressément que de la condition de délai ; mais cette application faite du droit commun de la prescription acquisitive implique renvoi à ce droit commun dans son ensemble. Tout le droit commun de la prescription acquisitive est applicable.

1. Certains auteurs (voy. en particulier Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 819), soutiennent que la prescription de l'hypothèque est extinctive, parce qu'elle a pour but de libérer l'immeuble d'un droit réel qui le grevait. Mais, dans cette opinion, on est obligé de reconnaître que la prescription de l'hypothèque présente des caractères spéciaux. D'ordinaire, la prescription extinctive n'est pas soumise à d'autres conditions que l'inertie du titulaire du droit ; au contraire, la prescription de l'hypothèque exige la possession de l'immeuble par le tiers détenteur. D'autre part, l'article 2180-4° alinéa 2 vise, entre autres hypothèses, un cas où la prescription suppose un titre, condition irréalisable en matière de prescription extinctive. Aussi, la grande majorité des auteurs enseignent-ils que la prescription de l'hypothèque est acquisitive. En ce sens : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1248, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 389 et suiv., — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n° 164 bis II, — Glasson, *Revue pratique*, 1873, p. 201, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2274 ; — Rouen 30 mars 1895, Sir. 1896. II. 41 (note de M. Dalmbert).

2. Dans ce cas, le délai se calcule eu égard au domicile ou à la résidence du créancier hypothécaire : Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n° 1254, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 823, — Glasson, *Revue pratique*, 1873, p. 211, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 250, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2289.

De là plusieurs conséquences, et notamment les trois suivantes.

Première conséquence.

1099. La possession exigée doit réunir les conditions générales de l'article 2229, comme s'il s'agissait de l'acquisition de la propriété¹, sauf toutefois une différence en ce qui concerne le point de départ du délai. Quand il s'agit de la prescription acquisitive de la propriété, la possession est utile dès qu'elle a commencé en fait; le délai court à compter de l'entrée en possession (articles 2228 et 2265). Quant à la prescription de l'hypothèque, la possession n'est utile qu'à partir de la transcription du titre, pourvu bien entendu qu'il s'agisse d'un titre soumis à cette formalité (article 2180-4^o, alinéa 2). Cette particularité tient à ce que, jusqu'à la transcription, des inscriptions peuvent être utilement prises du chef de l'aliénateur; l'acquéreur ne peut pas prescrire les hypothèques existantes tant qu'il peut en être acquis de nouvelles contre lui; donc il ne libère l'immeuble qu'après la transcription². C'est la même raison qui fait que la purge lui est interdite avant l'accomplissement de cette formalité³.

Deuxième conséquence.

1100. L'expression « juste titre » a ici le même sens qu'en matière d'usucapion en général. Elle signifie : titre légitime d'acquisition⁴.

La bonne foi consiste ici dans l'ignorance légitime des charges hypothécaires⁵. Le tiers détenteur est de mauvaise

1. Le tiers détenteur ne peut joindre à sa possession celle de son auteur que si cette possession était de nature à faire acquérir à ce dernier la prescription de l'action réelle : *Glasson, loc. cit.*, — Rouen 30 mars 1895, D. P. 1895.II.209 (note de M. Dupuich), Sir. 1896.II. 41 (note de M. Dalmbert).

2. Le titre dont la loi exige la transcription est l'acte même par lequel le débiteur originaire a aliéné l'immeuble grevé. Il n'est pas nécessaire, au point de vue qui nous occupe, de faire transcrire l'acte constatant une deuxième aliénation consentie par le premier acquéreur. Limoges 22 juin 1884, Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v^o *Privilèges et hypothèques*, n^o 1532.

3. *Suprà*, n^o 974.

4. Il suffit que ce soit un acte juridique translatif de propriété par sa nature : *Glasson, loc. cit.*, p. 204 et 205. Il n'est pas nécessaire que ce titre déclare l'immeuble libre de toutes charges. Voy. cependant Labbé, note dans Sir. 1867.II.34.

5. Cass. 7 août 1860, D. P. 1860.I.506, Sir. 1861.I.257, — Rouen 7 juillet 1862 et Cass. 11 mai 1863, D. P. 1864.I.191, Sir. 1864.1.357, — Riou 12 janvier 1882,

foi quand il a connu ces charges, de bonne foi s'il les a ignorées. C'est une question de fait.

L'existence d'inscriptions ne suffit pas à le constituer de mauvaise foi, et cela pour deux raisons.

D'abord, il peut se faire qu'il n'ait pas demandé un certificat au conservateur¹. Il eût été prudent de le faire ; mais la précaution n'est pas obligatoire.

D'autre part, même s'il s'est fait délivrer un certificat, ce qui constitue contre lui une présomption de mauvaise foi, il est admis à prouver qu'il avait de justes motifs de croire à la nullité ou à l'extinction des hypothèques². On peut avoir des raisons de penser qu'une inscription qui subsiste a été maintenue à tort, et que la créance à laquelle l'inscription se réfère n'existe plus.

Troisième conséquence.

1101. Il faut appliquer ici le droit commun, quant aux causes d'interruption et de suspension.

1102. La prescription de l'hypothèque sera donc interrompue : 1^o par les causes qui font perdre matériellement la possession (article 2243), — 2^o par la sommation de payer ou de délaisser signifiée au détenteur, sommation qui tient lieu de commandement à son égard³, — 3^o par l'action en déclaration d'hypothèque⁴, — 4^o par la reconnaissance que le débi-

D. P. 1883.II.12, Sir. 1883.II.81, — Agen 1^{er} mars 1895, D. P. 1895.II.369, Sir. 1897.II.18.

1. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1250, — Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 821, texte et note 6, — Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique*, IX, n^o 164 bis IX, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 249, — Glasson, *Revue pratique*, 1873, p. 206, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2285. — Cette solution s'impose, sans quoi l'application de la prescription par dix ou vingt ans se limiterait aux hypothèques légales dispensées d'inscription, ce qui serait peu conforme aux termes très généraux de l'article 2180.

2. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 821, texte et note 7, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 249.

3. Pont, *Privilèges et hypothèques*, II, n^o 1259, — Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 511, — III, p. 823, — Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 253, — Laurent, *Principes*, XXXI, n^o 397, — XXXII, n^o 109, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n^o 2300, — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n^o 517 ; — Cass. 27 décembre 1854, D. P. 1855.I.52, — Toulouse 18 décembre 1874, Sir. 1875.II.109.

4. Si tant est que cette action existe encore sous l'empire du Code civil. Voy. *suprà*, p. 312. — Cpr. Aubry et Rau, 5^e édition, II, p. 488 à 490, note 24, — Glasson, *op. cit.*, p. 220, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges*

teur a faite des droits du créancier hypothécaire, notamment par le délaissement (articles 2248 et suivants).

La prise et le renouvellement d'inscriptions sont ici sans influence (article 2180-4° *in fine*). En effet, la prise d'une inscription ne constitue pas une interpellation, et l'inscription prise peut être ignorée du débiteur actuel. Autre chose est le rang, autre chose l'hypothèque elle-même.

La prescription n'est pas même interrompue par l'accomplissement des formalités de la purge, car le tiers détenteur, en remplissant ces formalités, n'a pas entendu reconnaître l'existence d'inscriptions qu'il n'a ni examinées ni discutées au préalable. Les offres de payer jusqu'à concurrence de son prix sont conditionnelles, éventuelles, subordonnées à la vérification de la créance et de l'hypothèque, vérification à laquelle il doit être procédé au moment de l'ordre ¹.

1103. Les causes de suspension sont également les mêmes qu'en matière de prescription ordinaire. La prescription ne court ni contre les mineurs ou interdits (article 2252), ni entre époux (article 2253) ². Nous renvoyons sur ces points aux règles de la prescription.

Signalons cependant qu'une difficulté spéciale se présente dans le cas où la dette est à terme ou conditionnelle. La prescription ne court pas à l'égard de la dette (article 2257). Mais court-elle à l'égard de l'hypothèque? Aucun texte ne tranche la question. Le terme met obstacle à ce que la prescription éteigne l'hypothèque par voie de conséquence. Empêche-t-il aussi la prescription de l'hypothèque par voie principale?

La jurisprudence l'admet. Elle admet que la modalité qui affecte la créance affecte en même temps l'hypothèque ³. Le

et hypothèques, III, n° 2305 ; — Cass. 2 mars 1830, Sir. 1830.I.342, — Caen 23 mars 1847, D. P. 1849.II.52, Sir. 1848.II.760.

1. Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 823 à 824, et p. 862, texte et note 40, — Glasson, *loc. cit.*, p. 218 et 223, — Laurent, *Principes*, XXXI, n° 400, — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Privilèges et hypothèques*, III, n° 2304. — Douai 17 novembre 1863, Sir. 1864.II.253.

2. Cass. 25 janvier 1881, D. P. 1881.I.246.

3. Cass. 16 novembre 1857, D. P. 1858.I.34, Sir. 1858.I.397, — 28 janvier 1862, D. P. 1862.I.89, Sir. 1862.I.236, — Paris 12 juin 1866, Sir. 1867.II.33, — Dijon 3 janvier 1878, D. P. 1879.II.118, Sir. 1878.II.25, — Montpellier 10 janvier 1878, Sir. 1878.II.313, — Bordeaux 12 mai 1879, Sir. 1879.II.199, — Cass. 30 décembre 1879, D. P. 1880.I.338, Sir. 1880.I.64, —

motif allégué est le suivant. L'hypothèque est un accessoire de la créance ; il serait déraisonnable qu'elle s'éteignît par la prescription avant d'avoir pu s'exercer ; or c'est ce qui arriverait si la prescription courait contre l'hypothèque alors que la créance n'est pas exigible. La règle de l'article 2257, bien que spéciale à la créance, est l'application d'un principe de bon sens. La prescription ne courra donc que du jour de l'exigibilité.

Cette manière de voir est très contestable. L'article 2180-4^o alinéa 2 *in fine* dit que la prescription court du jour de la transcription. Qu'importe que la créance soit exigible ou non ? Les articles 2251 et 2257 rapprochés l'un de l'autre fournissent en ce sens un raisonnement en forme. L'article 2251 abroge la règle : *Contra non valentem agere non currit praescriptio* ; or l'article 2257 n'apporte d'exception à ce texte qu'en admettant la suspension pour les seules créances ou actions personnelles, non pour les actions réelles ; donc la prescription court contre l'hypothèque. Le débiteur, lié personnellement envers le créancier, ne peut pas prescrire contre son titre *pendente conditione* ; mais le tiers détenteur, qui n'est pas lié et qui prescrit un droit distinct de la créance, est traité plus favorablement ¹.

Il est inexact, d'ailleurs, de prétendre que le créancier ne peut pas agir. L'ancien droit avait imaginé à son usage une action tendant à l'interruption de la prescription : l'action en déclaration ou en reconnaissance d'hypothèque ².

Cependant la jurisprudence est fixée en sens contraire ³.

1104. En résumé, il existe deux cas très distincts d'extinction des privilèges et hypothèques par la prescription : extinction par voie de conséquence et par voie principale. Ces

Pau 26 juin 1888, D. P. 1889.II.119, Sir. 1889.II.215, — Nancy 16 novembre 1889, Sir. 1891.II.161, — Paris 25 avril 1891, *Journal des Conservateurs des hypothèques*, 1891, n^o 397.

1. Laurent, *Principes*, XXXII, n^{os} 25 et suiv., — Labbé, note dans Sir. 1867.II.33, et 1878.II.313, — Bourcart, note dans Sir. 1891.II.161, — Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n^{os} 394 et suiv., — Baudry-Lacantinerie et de Loyens, *Privilèges et hypothèques*, III, n^{os} 2293 et 2295.

2. Voy. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, § 6. — Cpr. *suprà*, n^o 1102.

3. M. Thézard fait à cet égard une distinction : *Privilèges et hypothèques*, n^o 252, p. 344, — *Revue critique de droit*, 1868, p. 385,

deux cas sont respectivement prévus par les alinéas 1 et 2 de l'article 2180-4^o.

1105. La question est discutée de savoir lequel de ces deux alinéas est applicable lorsqu'une hypothèque a été constituée par un propriétaire pour la dette d'autrui, en d'autres termes dans le cas de caution réelle. C'est, dans une autre de ses applications, la question déjà rencontrée à propos de l'exception de discussion, de la purge et du délaissement¹.

Faut-il assimiler la caution réelle, qui n'est pas tenue personnellement, à un tiers détenteur ? Alors elle prescrirait dans les conditions fixées par l'alinéa 2 de l'article 2180-4^o ; autrement dit, il y aurait lieu à prescription de l'hypothèque par voie principale.

Faut-il au contraire, puisque c'est la caution réelle qui a établi l'hypothèque, l'assimiler au débiteur ? Elle prescrirait alors dans les conditions prévues par l'alinéa 1 de l'article 2180-4^o ; autrement dit, il n'y aurait lieu à prescription de l'hypothèque par voie de conséquence.

Les avis sont partagés. La caution réelle est un tiers, disent les uns, car elle n'est pas obligée personnellement. Donc il faut lui appliquer l'alinéa 2².

Bien que la caution réelle ne soit tenue de la dette que *propter rem*, disent les autres, elle n'en est pas moins tenue personnellement de garantir l'hypothèque qu'elle a établie. Donc elle ne peut pas la prescrire par voie principale, et il ne peut être question de lui appliquer que l'alinéa 1³.

Ce dernier parti paraît le plus juridique. C'est pour les mêmes raisons qu'on refuse à la caution réelle le droit de purger, bien qu'elle ne soit tenue que *propter rem*. La prescription, comme la purge, touche au fond du droit : donc elle n'est pas plus possible que la purge pour la caution réelle.

1. *Suprà*, p. 354.

2. En ce sens, Aubry et Rau, 5^e édition, III, p. 824, texte et note 16, — Glasson, *loc. cit.*, p. 225, — Laurent, *Principes*, XXXI, n^o 39.

3. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n^o 248, p. 339.

TABLE DES MATIÈRES

CINQUIÈME PARTIE.— Les privilèges et hypothèques *(suite et fin)*.

| | Pages |
|---|-------|
| CHAPITRE IV. — Des privilèges sur les immeubles et des hypothèques | 1 |
| SECTION I. — <i>Des privilèges sur les immeubles au point de vue du droit de préférence</i> | 4 |
| § 1. — Quels sont les privilèges sur les immeubles | 4 |
| § 2. — De l'exercice des privilèges sur les immeubles. . . | 30 |
| § 3. — Du rang de collocation des privilèges sur les immeubles | 53 |
| SECTION II. — <i>Des hypothèques au point de vue du droit de préférence</i> | 81 |
| § 1. — Toutes les hypothèques n'ont pas la même cause, la même origine. | 83 |
| § 2. — Toutes les hypothèques n'ont pas la même étendue quant aux biens sur lesquels elles portent . . . | 137 |
| § 3. — Toutes les hypothèques ne sont pas également soumises à la règle de l'inscription, c'est-à-dire de la publicité | 174 |
| § 4. — Toutes les hypothèques ne sont pas soumises à tous égards aux mêmes règles relativement à la forme et aux effets de l'inscription. | 227 |
| § 5. — Les hypothèques diffèrent entre elles relativement aux conditions sous lesquelles le créancier peut transférer à des tiers, en tout ou en partie, le bénéfice de son hypothèque. | 254 |
| SECTION III. — <i>Des privilèges sur les immeubles et des hypothèques au point de vue du droit de suite</i> | 301 |
| 1. — Dans quelle forme s'exerce le droit de suite? . . . | 303 |
| § 2. — A quelles conditions le créancier privilégié ou hypothécaire a-t-il le droit de suite? | 311 |
| 3. — Comment le tiers détenteur peut-il se soustraire aux conséquences du droit de suite? | 335 |

| | |
|---|-----|
| CHAPITRE V. — De l'extinction des privilèges et hypothèques. | 412 |
| § 1. — Cas dans lesquels le rang est perdu sans que le droit lui-même soit atteint. | 413 |
| § 2. — Cas dans lesquels le droit de suite est perdu sans que le droit de préférence soit atteint | 419 |
| § 3. — Cas dans lesquels le droit même de privilège ou d'hypothèque est perdu d'une façon complète. | 428 |

14604



LA

SYNTHÈSE DES LOIS FRANÇAISES

PAR

Raymond BOYER

DOCTEUR EN DROIT
AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PREMIÈRE PARTIE

CODE CIVIL ANNOTÉ

Complet en 5 fascicules, par souscription 30 fr.
Chaque fascicule séparément. 7 fr.

La première partie de cet ouvrage est consacrée au *Code Civil annoté*.

En regard des articles du Code tels qu'ils ont été modifiés par les lois les plus nouvelles, se trouvent toutes les espèces examinées en doctrine ou en jurisprudence. On y trouve régulièrement citées les opinions des jurisconsultes les plus autorisés et les plus récents. — D'autre part, toutes les décisions de jurisprudence y sont également consignées avec référence simultanée non seulement aux grands recueils généraux ou aux journaux mais aussi aux recueils spéciaux. C'est donc un tableau complet du dernier état de la doctrine et de la jurisprudence en France, où chacun trouvera la solution de la question qui l'intéresse.

L'ouvrage sera publié en cinq fascicules :

Le premier fascicule art. 1 à 515 est en vente.

Le deuxième » art. 516 à 892 paraîtra fin mai.

