

Université de France.
Académie de Rennes.
Faculté de droit. Thèse
pour le doctorat. Droit
romain : du classement
des [...]

Caqueray, Gaston-Marie-Théodore de (1843-1925). Université de France. Académie de Rennes. Faculté de droit. Thèse pour le doctorat. Droit romain : du classement des créanciers hypothécaires et des effets de la priorité. Droit français : de l'influence que peut avoir la faillite du débiteur sur les hypothèques et les privilèges de ses créanciers... 1865.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE

F 30645

F

INVENTAIRE

30.645

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

LIBRARY
1861



THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

©

30615

A LA MÉMOIRE
DE MON PÈRE BIEN-AIMÉ.

A MA FAMILLE.

AUX COLLÈGUES ET AMIS DE MON PÈRE.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — ACADEMIE DE RENNES.

Faculté de Droit.

THÈSE POUR LE DOCTORAT.

DROIT ROMAIN

DU CLASSEMENT DES CRÉANCIERS HYPOTHÉCAIRES ET DES EFFETS
DE LA PRIORITÉ.

DROIT FRANÇAIS

DE L'INFLUENCE QUE PEUT AVOIR LA FAILLITE DU DÉBITEUR SUR LES
HYPOTHÈQUES ET LES PRIVILÈGES DE SES CRÉANCIERS.

Cette thèse sera soutenue le mercredi 27 décembre 1865, à deux heures.

PAR

M. DE CAQUERAY (GASTON-MARIE-THÉODORE),

Avoocat à la Cour Impériale de Rennes.

Né à Paris, le 17 décembre 1843.

Examineurs :

MM. BIDARD, *doyen*; HUE, BODIN, *professeurs*;
ÉON, GAVOUYÈRE, *agrégés*.

RENNES

IMPRIMERIE DE CH. CATEL ET C^{ie},
rue du Champ-Jacquet.

1865.

DROIT ROMAIN

Du classement des créanciers hypothécaires et des effets de la priorité.

(Dig., *Qui potiores*, liv. 20, tit. 4. — C. liv. 8, tit. 18.)

INTRODUCTION.

L'hypothèque peut se définir : un droit réel accessoire accordé au créancier sur une chose affectée à la sûreté de sa créance.

Il existe trois causes génératrices de l'hypothèque, la loi, l'ordre du magistrat, la convention des parties; et, chose remarquable, à la différence des autres droits réels qui ne peuvent se transmettre sans un fait extérieur venant s'ajouter à la convention, l'hypothèque naît de la convention des parties, et de la convention toute nue, pour me servir de l'expression des jurisconsultes romains; le débiteur peut, par un simple pacte, affecter un objet de son patrimoine au paiement de la dette sans se dessaisir de l'objet hypothéqué; au jour de l'exigibilité, le créancier a le droit de poursuivre le possesseur de la chose engagée, et de lui demander ou la possession de la chose, ou le paiement, ce que l'on exprime par cet adage : *Aut cede, aut solve.*

S'il n'y a qu'un seul créancier hypothécaire, c'est à lui seul évidemment qu'appartient le droit de vendre la chose et de se payer sur le prix; une pareille hypothèse ne présente aucun intérêt et ne soulève pas l'ombre d'une difficulté! Mais si la même chose a été successivement hypothéquée à plusieurs créanciers, et que le prix de vente ne puisse suffire à les désintéresser tous intégralement, comment se règle le conflit entre ces divers créanciers? lequel sera colloqué le premier sur le prix? Ici la question est décisive. Poser la règle du droit romain, passer en revue les diverses questions qu'elle fait naître dans son application, indiquer les exceptions à cette règle, montrer les avantages de celui qui peut l'invoquer, puis les moyens à l'aide desquels il est loisible de s'en prémunir, et rapprocher les solutions françaises de chaque solution romaine, telle est la marche que nous nous proposons de suivre dans ce travail.

CHAPITRE PREMIER.

Comment l'hypothèque prend-elle rang?

SECTION PREMIÈRE. — RÈGLE : *prior tempore, potior jure.*

§ 1^{er}. — *De l'hypothèque conventionnelle.*

La question du droit de préférence entre plusieurs créanciers hypothécaires se résout par cette règle : *prior tempore, potior jure* (1), celui-là l'emporte qui est le premier, autrement dit, le créancier qui le premier a

(1) Constitution de l'empereur Antonin. (Lib. 8, tit. 18, loi 4, au Code).

obtenu l'hypothèque, qui le premier a traité avec le débiteur. Ainsi, la législation romaine attribue à la convention d'hypothèque un double but, *donner naissance à l'hypothèque*, but que le législateur français a adopté tout en soumettant cette convention à certaines formalités; et en second lieu, *déterminer le rang même de cette hypothèque*, but que le Code Napoléon a complètement rejeté dans l'art. 2134, qui pose ce principe si diamétralement opposé au principe romain, *passé le premier le premier inscrit*, quoique postérieur quant à la constitution d'hypothèque.

L'hypothèque prend donc rang du jour de la *convention*, sans aucune condition de publicité; le créancier n'a qu'à prouver l'existence de l'hypothèque et la date, système dangereux pour les créanciers qui ne peuvent contrôler l'état de la fortune du débiteur et ne savent jamais d'une manière certaine si ce débiteur n'a pas déjà engagé la totalité de ses biens (1); système nuisible au débiteur lui-même qui ne trouvera pas aussi facilement du crédit, par la crainte assez juste qu'auront les prêteurs de deniers de ne pas être remboursés de leurs avances.

La convention d'hypothèque assignant le rang même de cette hypothèque, il est de la plus grande importance de bien déterminer à quel moment cette convention est parfaite.

De l'étude de différents textes du titre, *qui potiores in pignore*, on peut déduire ce principe général : l'hypothèque est constituée et prend rang du jour où il n'est

(1) Pour parer à ce danger, on se contentait de punir sévèrement, sous le nom de stellionnat, la dissimulation du débiteur; de frapper des peines du faux l'antidate en matière d'hypothèque.

plus possible au débiteur de se dégager des liens de l'obligation que garantit l'hypothèque.

Ce principe posé, nous allons maintenant examiner quelques questions qui peuvent donner lieu soit à une certaine hésitation, soit même à des difficultés sérieuses, et qui toutes se résoudront par l'application de notre principe général. —

A. — Quel est le rang de l'hypothèque garantissant une créance conditionnelle ou à terme?

Il y a trois sortes de créanciers : le créancier pur et simple, le créancier à terme et le créancier conditionnel.

La créance est pure et simple, quand le droit est né et actuellement exigible : pas de difficulté, l'hypothèque date du jour de la convention; l'hypothèque consentie la première prime toutes les autres.

La créance à terme est celle où le droit est né *hic et nunc, dies cedit* au moment de la convention; mais ce droit n'est pas encore exigible, le *dies venit* n'est pas encore arrivé. L'hypothèque date du jour de la convention, du jour de la naissance de la créance, et pas du jour de l'exigibilité. Cette hypothèse n'offre encore aucune difficulté.

Enfin la créance conditionnelle est celle où le droit même n'est pas encore né : le créancier n'a donc dans son patrimoine qu'une espérance, *spes*; il peut cependant exiger de son débiteur une hypothèque. Quel rang assigner à cette hypothèque? Faut-il lui donner rang du jour de la convention hypothécaire ou seulement du jour de la réalisation de la condition? La question n'offre, bien entendu, de l'intérêt que si dans l'intervalle le débiteur a constitué une hypothèque sur le même objet au profit d'un créancier pur et simple ou à terme.

Si la condition ne se réalise pas, la question, évidem-

ment, ne naît même pas; la créance étant éteinte, ou mieux n'ayant pas pris naissance, l'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire, subit le même sort, *accessorium sequitur principale*.

Si la condition vient à se réaliser, les Romains font des distinctions d'après la nature de la condition, distinctions qui ne sont, du reste, que la conséquence rigoureuse de l'application de notre principe.

S'il s'agit d'une condition qu'il n'est pas au pouvoir du débiteur de faire arriver ou d'empêcher, par exemple *si navis ex Asia venerit*, le créancier conditionnel prime le créancier pur et simple, parce que, dit Gaius (1), la condition une fois accomplie rétroagit au profit du créancier au jour de la convention hypothécaire, et que dès ce moment le débiteur ne pouvait plus se dégager malgré le créancier. C'est en vertu du même principe que s'explique la loi 9 de notre titre.

Voici l'espèce prévue par le jurisconsulte Africain : le locataire d'un établissement de bains est convenu avec son bailleur que l'esclave Eros sera affecté au paiement des loyers; puis, avant l'échéance du premier terme, ce même locataire emprunte d'un tiers et lui consent hypothèque sur le même esclave Eros. La question est de savoir à qui donner la préférence; est-ce au créancier? est-ce au locateur?

La raison de douter, d'après Africain, c'est que le propriétaire des bains qui, il est vrai, est *prior tempore* quant à la constitution d'hypothèque, n'est pas encore créancier au moment où l'esclave qui lui a été hypothéqué est engagé au tiers créancier, car tant que le terme du bail n'est pas encore échu, il n'est pas certain que le

(1) Loi 11, § 1 : voir aussi Africain, loi 9, § 2.

locataire sera débiteur; il peut se faire, par suite de telle ou telle circonstance, que la créance du bailleur ne prendra même pas naissance. Bien que la créance du locateur soit conditionnelle, le jurisconsulte romain n'hésite pas à lui assigner le premier rang, *quoniam jam tunc in ea causa Eros esse cœpisset, ut invito locatore jus pignoris in eo solvi non posset, potiozem ejus causam habendam*, parce que du jour où il avait affecté l'esclave au paiement des loyers, il n'était plus possible au locataire de le dégrever sans la volonté du créancier, *invito locatore*.

S'agit-il au contraire d'une condition à laquelle le débiteur peut se soustraire, l'hypothèque ne prend rang que du jour de l'évènement de la condition, et par conséquent le créancier pur et simple qui a reçu hypothèque avant l'accomplissement de cette condition prime le créancier conditionnel (1).

Ceci nous conduit à l'examen d'une question d'autant plus intéressante qu'elle est encore vivement discutée de nos jours.

B. — Lorsque le futur débiteur hypothèque sa chose au profit d'un tiers qui doit plus tard lui compter une certaine somme, quel est le rang de cette hypothèque? Le rapprochement de la loi 1^{re} *Princip.* de notre titre, d'une part, et de la loi 1 § 1 de la loi 11 *Princip.* et § 2, d'autre part, nous amène à une distinction basée, du reste, sur le principe que nous avons tout d'abord posé.

Si le futur créancier a pu forcer le grevé d'hypothèque à recevoir les fonds, et celui-ci forcer le créancier à les lui compter, l'hypothèque date du jour de la convention, car le sort de l'hypothèque ne dépend pas de la volonté

(1) Africain, loi 9, § 1, D. h. t.

du grevé. Voici, du reste, l'hypothèse que le jurisconsulte Papinien examine à ce propos (1) :

Primus a constitué à une femme une dot que nous devons supposer *profecitice* ou *receptice*, et il s'est fait donner par le mari une hypothèque destinée à garantir la restitution. Avant d'avoir reçu le paiement intégral de la dot, le mari emprunte d'un tiers, et consent à ce tiers une hypothèque sur le même bien; plus tard, Primus paie le restant de la dot promise. La question est alors de savoir quel est le rang de l'hypothèque conférée à Primus? A-t-elle une date unique, c'est-à-dire le jour de la convention; ou le constituant de la dot a-t-il simplement le premier rang pour la somme versée tout d'abord, et est-il primé quant au reste par le tiers emprunteur? En un mot, faut-il se reporter uniquement à l'époque de la convention, ou tenir compte de la numération des espèces promises?

Il semble au premier abord que l'hypothèque ne doive dater que du jour du paiement, puisque jusqu'à ce moment le mari peut ne pas devenir débiteur en se refusant à recevoir le reste de la dot, et par là même anéantir l'hypothèque, accessoire de sa dette. Papinien détruit complètement cette objection : l'hypothèque prend rang du jour même de la convention, car, à partir de ce moment, il n'est pas vrai de dire que le mari puisse anéantir l'hypothèque en refusant de recevoir la dot; le mari ne peut, en effet, par sa seule volonté, rendre la femme *indotata* ou *minus dotata*. Il y a ici en jeu l'intérêt même de la femme, et cette espèce présente en outre cela de singulier, c'est que le futur créancier n'est pas lui-même en droit de se refuser au paiement des espèces promises.

(1) Papinien, loi 1^{re} *Princip.* h. t.

Si au contraire le débiteur reste maître de la situation et peut à son gré recevoir ou refuser la somme, l'hypothèque ne prend rang que du jour où il sera nécessairement débiteur, c'est-à-dire du jour où les espèces lui auront été comptées; jusque-là le sort de l'hypothèque dépend du débiteur, le créancier n'est pas encore créancier et par suite n'a pas d'hypothèque; dès lors il est primé par un tiers qui aurait versé immédiatement les fonds et reçu hypothèque (1).

Cette distinction du droit romain me paraît fondée et doit, comme nous allons le démontrer, être reproduite en France à propos de la question si vivement discutée sur le rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit.

Ouvrir un crédit, c'est tenir à la disposition d'une personne, le plus souvent un commerçant, une somme de....., qu'elle retirera au fur et à mesure de ses besoins. Prenons une espèce : le 1^{er} janvier, le banquier Primus ouvre un crédit de 100,000 fr. au profit du négociant Paul, et il exige de Paul une hypothèque sur tel de ses biens, hypothèque que le banquier inscrit immédiatement à la date du 1^{er} janvier, je le suppose. Le 15 janvier, le même Paul, qui n'a pas encore usé du crédit qui lui est ouvert, emprunte une somme de 100,000 fr. à un autre individu Secundus, et lui donne hypothèque sur le même bien, hypothèque inscrite le 15 janvier; puis, un mois après, le 15 février, Paul prend chez le banquier Primus la somme promise. Quelque temps après, Paul tombe en faillite, le seul bien qui lui reste est le bien hypothéqué à Primus et à Secundus, et il est vendu

(1) Dig. Papinien, loi 1, § 1, *Qui potiores*; Galus, loi 11, *Princip.* et § 2; Paul, loi 1, *Quæ res pignori*, liv. 20, tit. 3.

100,000 fr. Qui sera payé sur le prix de vente? Est-ce Primus? est-ce Secundus? L'hypothèque de Primus date-t-elle du jour même de l'ouverture du crédit ou du jour de la numération des espèces?

La jurisprudence et plusieurs auteurs (1) assignent le premier rang à Primus. Plusieurs arguments sont invoqués à l'appui de cette opinion : 1° l'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert doit prendre rang du jour de l'inscription, autrement elle n'offrirait qu'une garantie illusoire, ou du moins incertaine, puisqu'il dépendrait du crédit de la diminuer, ou même de l'anéantir par des hypothèques postérieures. — 2° Aux termes de l'art. 2132 C. N., l'hypothèque peut être consentie pour garantir une créance conditionnelle ou indéterminée, et cette hypothèque n'en a pas moins son effet du jour de ladite inscription. Pourquoi en serait-il autrement de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit, c'est-à-dire une obligation conditionnelle? — 3° La loi du 10 juin 1853, art. 4, sur le Crédit Foncier, est venue donner raison à ce premier système; le Crédit Foncier, à qui le propriétaire demande un emprunt, ne verse pas immédiatement les fonds; il examine le bilan de l'immeuble, passe des actes conditionnels de prêt, dans lesquels le propriétaire de l'immeuble concède une hypothèque au Crédit Foncier; puis celui-ci, quand il a les capitaux en caisse, verse les fonds au propriétaire; et dans ce cas, l'hypothèque au profit du Crédit Foncier date non pas du jour de la numération des espèces, mais du

(1) Paris, 20 août 1841; id. 30 mars 1842, Besançon, 30 novembre 1848; Cassation, 21 novembre 1849; Req. rej., 8 mars 1852; Aubry et Rau, II, 734, après avoir été d'un avis contraire; Pardessus, III, p. 328; Pont, nos 718 et 719; loi belge du 16 décembre 1851.

jour même où l'acte conditionnel de prêt a été consenti.

Malgré la force de ces arguments, nous sommes plutôt d'un avis contraire (1), et nous croyons que l'hypothèque ne date que des versements effectués, autrement dit qu'elle a un rang échelonné. En effet, l'ouverture de crédit se décompose en deux opérations bien distinctes : 1° la convention préparatoire du prêt par laquelle le banquier s'engage à verser les fonds; dans cette opération, le banquier joue le rôle de débiteur, le commerçant est libre de prendre ou non; 2° il y a un contrat de prêt fait par le banquier au négociant. Ici, le banquier devient créancier au fur et à mesure des versements qu'il effectue; car le prêt est un contrat *réel*, ne se formant que par la remise des espèces : de là le rang échelonné de l'hypothèque. Oui ou non, en effet, le négociant Paul, à qui Primus a ouvert un crédit, est-il libre de devenir débiteur? La question ainsi posée, personne ne peut hésiter, le sort de l'hypothèque est entre ses mains. Primus, pour l'emporter sur Secundus, aurait dû être créancier au plus tard le 15 janvier, et il ne l'est devenu que le 15 février; sa créance ne datant que du 15 février, l'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire, ne peut dater que du même jour, et par suite est postérieure à celle de Secundus, née le 15 janvier. Mais, dit-on, 1179, C. N., la condition une fois accomplie a un effet rétroactif; donc, ces sommes versées par Primus le 15 février seront réputées avoir été touchées par Paul dès le jour même de la convention, et par conséquent devront être colloquées à la date de l'inscription. Sur

(1) *Sic* : Toullier, VI, 540; Merlin, *Quest.*, v. hyp., § 3, n° 2; Troplong, II, 479 et 480; Championnière et Rigaud, *Des droits d'Enregistrement*, II, 934.

cet effet rétroactif de la condition, il importe de recourir à la distinction romaine : si l'évènement de la condition est au pouvoir du débiteur, si, disent les textes, celui-ci peut se délier *invito creditore*, la condition accomplie n'a pas d'effet rétroactif contre les tiers avec lesquels le débiteur a contracté postérieurement; or, c'est précisément ce qui a lieu au cas d'ouverture de crédit, il dépend du futur débiteur de ne pas l'être, et par suite de ne pas donner vie à l'hypothèque : il n'a qu'à ne pas retirer les fonds qui ont été mis à sa disposition.

Quant à la solution donnée par la loi sur le Crédit Foncier, elle se justifie parfaitement par la distinction romaine : il ne dépend pas, en effet, du propriétaire d'être ou de n'être pas débiteur; dans l'acte conditionnel de prêt, il s'engage à prendre : il est donc débiteur dès ce jour-là, et débiteur hypothécaire. Voilà ce qui explique notre manière différente de voir dans cette espèce et dans celle de l'ouverture de crédit, où, au contraire, le futur débiteur n'est pas tenu de prendre les fonds; situations bien différentes, puisqu'elles sont complètement contraires, qu'il ne faut donc pas assimiler.

C. — S'il est convenu qu'une chose future, par exemple l'enfant qui naîtra d'une esclave ou les fruits d'un fonds, seront hypothéqués, cette convention est parfaitement valable, dit Gaius (1), si le débiteur, au moment de la constitution d'hypothèque, était propriétaire de l'esclave ou du fonds; le créancier prend rang du jour même de la convention.

Si la convention d'hypothèque ne parle que du fonds, ou de la femme esclave, que faut-il décider? Nous nous

(1) Loi 11, § 3, *Qui potiores*, D, XX, 1.

trouvons ici en face de textes contradictoires : si nous nous en rapportons au jurisconsulte Paul (1), les enfants qui naîtraient de l'esclave hypothéqué ne seraient eux-mêmes hypothéqués que s'il y a eu convention spéciale à cet effet, *si hoc inter contrahentes convenerit*; d'après Julien (2), une convention expresse n'est pas nécessaire, puisqu'il accorde au bailleur d'un fonds rural, dont la créance était garantie par une hypothèque sur une esclave, le droit d'intenter l'interdit Salvien contre l'acheteur de cette esclave, à l'effet d'obtenir l'enfant qui est né chez lui. Sur la même question, il existe encore deux textes de Paul; dans l'un d'eux (3), le créancier hypothécaire a hypothèque sur le part de l'esclave né après la vente consentie par le débiteur; dans l'autre (4), les enfants à naître de l'esclave sont hypothéqués, qu'il y ait eu convention expresse à leur égard, ou qu'il n'y en ait pas eu; mais seulement quand la propriété de ces enfants a été acquise à celui qui a constitué l'hypothèque. Si les esclaves appartiennent à un autre maître au moment où elles sont accouchées, les enfants ne seront pas obligés.

Pour expliquer ces différents textes, deux hypothèses doivent être distinguées.

1^{re} hypothèse. — Ce que le créancier hypothèque directement, ce n'est pas le fonds, ce n'est pas l'esclave; c'est l'enfant lui-même, ce sont les fruits du fonds; par rapport à la chose future, les créanciers conservent leur rang. La loi 11, § 3, de Gaius (XX, 4), semble dire simplement, relativement aux choses futures, le créan-

(1) Sent., Paul, liv. II, tit. 5, § 2.

(2) D., loi 1, *Pr. de int. Salvien.*

(3) D., loi 18, § 2, *De pign. act.*, XIII, 7.

(4) D., loi 29, § 1, *De pign. et hypot.*, XX, 1.

cier n'a pas besoin de prouver, pour avoir son rang, que la chose était dans les biens du débiteur lors de la convention, mais il doit simplement prouver que le bien qui a produit la chose hypothéquée appartenait au débiteur lors de la convention.

2^o *hypothèse*. — La convention d'hypothèque ne parle expressément que du fonds ou que de la femme esclave : les enfants sont-ils également hypothéqués, et le créancier hypothécaire garde-t-il son rang, même relativement à ces enfants? Suivant Julien, sans aucune distinction, les enfants sont hypothéqués sans qu'il y ait eu convention spéciale à leur égard; cela semble résulter du moins de la loi 1, *Princ. de int. Salv.* D'après ce que nous dit Paul dans ses Sentences (II, V, § 2), les enfants ne sont au contraire engagés que si les parties en sont convenues expressément. La loi 18, § 2, *De pign. act.*, qui paraît contradictoire, peut cependant se concilier avec ce que dit Paul dans ses Sentences, car rien dans le texte ne s'oppose à croire qu'il est intervenu une convention expresse quant au part de l'esclave; le commencement du texte paraît même le supposer. Nous restons alors en présence de la loi 29, § 1, *De pign. et hyp.*, qu'il nous est impossible de concilier avec les deux autres textes. En effet, dit Paul, qu'il y ait ou non convention expresse, les enfants sont hypothéqués; et ce qu'il y a de plus inexplicable, c'est qu'il ajoute : les enfants, même engagés expressément, ne le seront valablement que si le débiteur hypothécaire ou son héritier en a acquis la propriété; si les esclaves appartenaient à un autre maître au moment où elles sont accouchées, les enfants ne seront pas obligés. Cette solution se justifie encore s'il n'y a pas eu convention spéciale; mais comment peut-on com-

prendre que le débiteur qui a hypothéqué le part de son esclave puisse, par l'aliénation postérieure de cette esclave, anéantir le droit d'hypothèque qu'il a consenti? Si cette loi 29 consacre une solution vraie du jurisconsulte Paul, il n'admet donc l'hypothèque valable sur le part à venir que si la mère esclave accouchait chez le débiteur hypothécaire; cette loi 29 contrarie notre solution de la loi 11, § 3, du titre *Qui potiores*. Nous avons sur ce sujet une constitution au Code (1), qui déclare positivement que le part suivra la condition de la mère, et semble n'admettre aucune distinction; si la mère est hypothéquée, le part le sera, peu importe chez qui la mère est accouchée.

D. — Quel est le rang de l'hypothèque consentie sur la chose d'autrui?

Nous ne nous occupons pour le moment que de l'hypothèque *spéciale* consentie sur la chose d'autrui à plusieurs créanciers successivement, et nous avons à nous demander quel est le rang de cette hypothèque. Pour répondre à cette question, plusieurs distinctions sont nécessaires.

1° Le débiteur hypothèque la chose d'autrui sous cette condition, « si elle vient à entrer dans son patrimoine » : cette hypothèque est valable, nous dit Marcien (2), *alienares utiliter potest obligari sub conditione, si debitoris facta fuerit*; et entre divers créanciers ayant reçu hypothèque sur cette chose, il faut observer l'ordre des conventions, si, comme nous le supposons, au moment de la convention hypothécaire la créance existe pure et simple. Alors

(1) C. Just., liv. VIII, tit. 25, loi 1.

(2) D., loi 16, § 7, *De pig. et hyp.*, XX, 1.

même que l'acquisition de la chose hypothéquée dépendrait du caprice du débiteur, nous croyons que chaque hypothèque daterait du jour de la convention qui l'a établie, et non du jour de l'acquisition de la chose, parce que telle me paraît être l'intention formelle des parties. Si, au contraire, la créance elle-même est conditionnelle, nous appliquons notre principe déjà connu; il nous faut examiner si le débiteur peut ou non empêcher la naissance de l'obligation, et par là même de l'hypothèque, question qui a déjà été examinée.

2° Le constituant est possesseur de bonne foi de la chose d'autrui qu'il hypothèque, il a la Publicienne, et le créancier qui a reçu hypothèque, s'il est de bonne foi du moins, a l'action quasi-servienne utile, au moyen de laquelle il obtient les mêmes avantages que par l'action hypothécaire directe, avec cette différence qu'il ne peut triompher à l'encontre du véritable propriétaire; l'hypothèque qu'il a reçue prend rend du jour même de la convention. La règle *prior tempore, potior jure*, reçoit encore ici son application.

3° Si le débiteur hypothèque à plusieurs créanciers la chose d'autrui dont il est lui-même créancier, l'hypothèque est valable (1), et elle date pour chacun du jour de la convention (2). On peut véritablement dire que dans ce cas le débiteur a engagé non pas la chose d'autrui, mais la créance même qu'il avait; le créancier hypothécaire a une action *utile* contre le débiteur de son débiteur, action par laquelle il réclame la somme due à son débiteur et sur laquelle il se paie jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû; si la dette a pour objet un

(1) Papinien, D., loi 1^{re}, *Princ.*, *De pign. et hip.*, XX, 1.

(2) Papinien, D., loi 3, § 1, *Qui potiores*, XX, 1.

corps certain, il a le droit de conserver à titre de *pignus* ce qu'il s'est fait payer (1).

4° Allons plus loin : le débiteur consent successivement au profit de ses créanciers des hypothèques sur une chose appartenant à autrui, et dont il n'est ni créancier ni possesseur de bonne foi, et même sans condition ni mention de l'acquisition future. La loi 14 de notre titre, du jurisconsulte Paul, n'hésite pas à déclarer que le premier en date sera préféré à l'objet entré ensuite dans le patrimoine du débiteur. Mais il faut, suivant nous, restreindre l'application de cette loi par les principes de la loi 1^{re} *De pign. et hyp.* Papinien distingue suivant que le créancier qui a reçu hypothèque était de bonne ou de mauvaise foi : pas d'action, dit-il, au profit du créancier hypothécaire de mauvaise foi, même si la chose est acquise plus tard par le débiteur, *difficilius actio debetur*; si le créancier est de bonne foi, il a l'action hypothécaire utile. Maintenant, Papinien n'a pas l'air de tenir compte de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier qui est parvenu à se mettre en possession de la chose d'autrui, devenue la propriété du débiteur; il accorde à l'un et à l'autre le bénéfice de rétention à l'aide de l'exception de dol. Cette distinction se justifie parfaitement : si le créancier de mauvaise foi n'est pas digne d'obtenir une action, il faut en dire autant et même *a fortiori* du débiteur qui est en faute, puisqu'il a hypothéqué ce qui n'était pas à lui, et qui ne doit pas être écouté lorsqu'il demande à détruire une position à laquelle il a consenti et qu'il a même créée.

De ces principes, il résulte ceci, que la loi 14, *Qui potiores*, donnant la préférence au créancier premier en

(1) Paul, loi 18, *Princ.*, *De pign. act.*, XIII, 7.

date, suppose nécessairement tous les créanciers de bonne foi; le créancier de bonne foi, même de beaucoup postérieur, primerait en effet un créancier de mauvaise foi, qui ne serait pas toutefois en possession de la chose engagée (1).

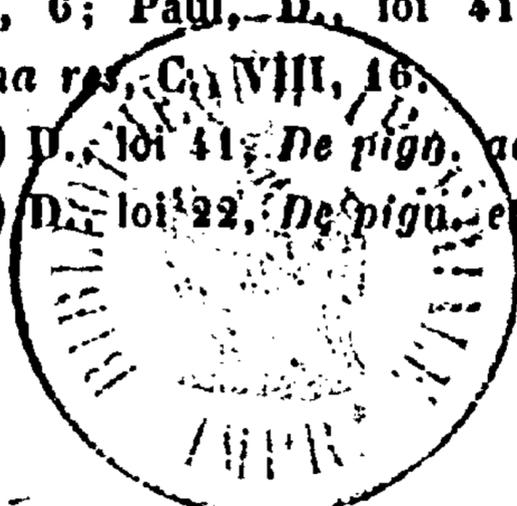
La question se complique un peu plus si le tiers qui a constitué successivement plusieurs hypothèques sur la chose d'autrui n'acquiert pas la propriété de cette chose, mais meurt laissant pour héritier le propriétaire même de la chose hypothéquée. Deux jurisconsultes, Paul et Modestin, sont en désaccord : suivant Paul (2), l'hypothèque est nulle, l'action hypothécaire même utile ne peut pas être intentée contre l'héritier qui n'est en rien intervenu à la constitution de l'hypothèque et à qui aucune faute ne peut être reprochée; par suite, la question de rang entre les divers créanciers ne se soulève même pas.

L'opinion inverse est admise par le jurisconsulte Modestin (3), qui reconnaît lui-même que, d'après les principes, l'hypothèque ne doit pas être valable, *pignus directo quidem non conualescit*; mais, mû par des considérations d'équité, il accorde une action utile au créancier, à la condition (bien que le texte ne le dise pas) qu'il ait traité de bonne foi. Suivant Modestin, le premier créancier hypothécaire devait l'emporter sur tous les autres de bonne foi; le second créancier de bonne foi devait primer un premier créancier de mauvaise foi, même *possédant*, puisqu'ici aucune faute n'est imputable à l'héritier qui n'a en rien participé à la constitution de

(1) Voir dans le même sens Ulpien, D., loi 5, § 2, *De suc. Maced.*, XIV, 6; Paul, D., loi 41, *De pign. act.*, XIII, 7; loi 5, *Si aliena res*, C., VIII, 16.

(2) D., loi 41, *De pign. act.*, XIII, 7.

(3) D., loi 22, *De pign. et hyp.*, XX, 1.



l'hypothèque. On pourrait cependant objecter que l'héritier continue la personne de son auteur, et que dès lors le créancier de mauvaise foi en possession pouvait lui opposer l'exception de dol, qu'il eût pu opposer victorieusement au *de cuius*.

Pour terminer ce qui a trait à l'hypothèque de la chose d'autrui, il nous reste à expliquer la loi 9, § 3, texte d'Africain, dont il est assez difficile de bien saisir le véritable sens.

Voici l'espèce : Titia engage à Titius un fonds qui ne lui appartient pas; elle engage ensuite ce même fonds à Mœvius; puis, étant devenue propriétaire de ce fonds, elle l'a donné en dot à son mari avec estimation : cette estimation vaut vente, et, par suite, le mari est devenu propriétaire dudit immeuble. Titius, le premier créancier, est payé par la femme. Eh bien! nous dit Africain, l'hypothèque de Mœvius n'en est pas plus valable.

L'hypothèque de Titius et celle de Mœvius n'ont pas dû prendre naissance, puisque c'est une hypothèque portant sur la chose d'autrui; mais, la débitrice étant devenue propriétaire, le créancier peut user de l'action quasi-servienne utile; c'est ce que le texte reconnaît au profit de Titius. Pourquoi, Titius une fois désintéressé, Mœvius n'a-t-il pas aussi l'action hypothécaire utile contre le mari? Non, si le mari est de bonne foi, dit le jurisconsulte romain; car, au moment où l'hypothèque est consentie au profit de Mœvius, deux faits s'opposent à sa validité : d'abord, c'est une hypothèque portant sur la chose d'autrui, et en second lieu, en admettant même que ce soit la chose du débiteur, elle est déjà engagée à un premier créancier, à Titius. Lorsque la femme devient propriétaire de la chose engagée à Titius et à Mœvius, l'hypothèque de Mœvius n'est pas validée par

cette acquisition postérieure, puisque celle de Titius subsiste encore. Après que le premier créancier est satisfait, elle ne devient pas valable, puisque la chose en ce moment appartient à autrui, c'est-à-dire au mari qui l'a achetée. Il n'y a donc aucun temps où le gage de Mœvius ait pu s'établir valablement. Africain ne va-t-il pas trop loin en niant l'existence de la seconde hypothèque, tant que le premier créancier n'est pas remboursé? Certes, à Rome, la position d'un second créancier hypothécaire est des plus critiques, comme nous le verrons; mais enfin son droit n'est pas encore complètement nul, il a entre autres le *jus offerendæ pecuniæ*. Ce texte, ainsi que la loi 12, § 8, de Marcien, du titre *Qui potiores*, font croire que les Romains ne sont pas arrivés de suite à l'idée que plusieurs hypothèques pouvaient subsister à la fois sur une même chose; ou n'est-ce pas peut-être quelque chose de spécial à l'hypothèque portant sur la chose d'autrui? C'est là un de ces textes qui ne se justifient pas bien.

A l'heure actuelle, il est encore controversé de savoir si l'hypothèque portant sur la chose d'autrui est valable. Suivant nous, les distinctions romaines ne doivent pas être admises, et l'hypothèque est nulle. L'art. 2129 C. N. exige en termes exprès que le constituant soit propriétaire *actuel* de l'immeuble qu'il engage, ou au moins propriétaire sous une condition suspensive qui rétroagisse (1).

E. — Papinien (2), dans ses réponses, s'exprime ainsi : En matière d'hypothèque, une *conventio generalis* est possible *bonorum vel postea quæditorum*. Ainsi, la législation romaine admet l'hypothèque générale sur les biens

(1) *Sic* : Aubry et Rau, II, p. 714; — Secus : Troplong, II, 528.

(2) D., loi 1, *Princ. de pign. et hyp.*, XX, 1.

à venir, et il est permis à tout débiteur d'engager conventionnellement l'universalité de ses biens futurs; système que le législateur de 1804 a rejeté, et avec raison. C'est en effet le moyen le plus sûr d'écraser le débiteur et d'épuiser complètement son crédit pour l'avenir, en le mettant à la merci d'un premier créancier, qui pour une somme assez faible exigera une hypothèque générale tant sur les biens futurs que sur les biens présents.

Ces hypothèques générales étant permises, il s'agit de régler leur classement. Quand le débiteur n'a hypothéqué que ses biens présents, la règle *prior tempore, prior jure*, reste en vigueur, et cela sans l'ombre d'une difficulté.

Mais comment régler le classement de plusieurs hypothèques générales, nées à des dates différentes, sur des biens advenus au débiteur après la naissance de ces hypothèques? Ces hypothèques auront-elles rang d'après la date des différentes constitutions, ou frapperont-elles toutes en même temps l'immeuble acquis par le débiteur? La difficulté est la même au cas de conflit entre un créancier à hypothèque générale et un créancier auquel le débiteur a plus tard hypothéqué tel ou tel bien pour le cas où il en deviendrait propriétaire; ce qui a lieu postérieurement. Telle est la question qu'il nous faut résoudre, question qui soulève les plus vives controverses dans notre droit, non pas à propos des hypothèques générales conventionnelles que notre législation repousse, mais au sujet des hypothèques légales ou judiciaires qui embrassent l'universalité des biens du débiteur, même des biens futurs.

Le droit romain nous fournit trois textes sur la question, et chacun d'eux semble admettre une solution différente; ce sont la loi 7, § 1, la loi 21 *Princ.* de notre

titre, et la loi 28 *De jure fisci* (D. liv. 49, tit 14). D'après la loi 7, les créanciers viennent en concours; il n'y a pas à tenir compte de la date des hypothèques; la loi 21 applique la règle générale *prior tempore, potior jure*, et d'après la loi 28, ce serait au contraire le créancier postérieur qui primerait le créancier antérieur.

Nous allons nous attacher à la loi 21 de notre titre, qui, suivant nous, contient la règle exacte du droit romain et la règle véritable en bon sens; puis nous nous efforcerons de rejeter les deux autres lois et de prouver qu'elles ne sont pas opposées à la loi 21.

Loi 21 de notre titre : Titius, condamné envers Scia à une certaine somme pour reliquat d'un compte de tutelle, lui hypothèque tous ses biens présents et à venir; *omnia bona sua, quæ habebat, quæque habiturus esset*; puis il emprunte de l'argent au fisc, auquel il engage tous ses biens, *omnes res suas*. Il paie à Scia une partie de sa dette, sans doute avec cet argent même qu'il vient d'emprunter du fisc. Quant au restant de la somme, les parties font novation; mais la même hypothèque générale donnée pour la garantie de l'ancienne dette est consentie par le débiteur Titius pour assurer le paiement de cette nouvelle obligation.

On demande à Scévola si Scia doit être préférée au fisc, et sur les biens que Titius avait au temps de la première obligation, et même sur ceux qu'il a acquis depuis, jusqu'à ce qu'elle ait obtenu le remboursement de sa créance. Le jurisconsulte répond, avec ce laconisme qui le caractérise, qu'il ne voit rien, dans l'exposé des faits qui lui sont soumis, qui mette obstacle à ce que Scia soit préférée, même sur les biens acquis postérieurement. — C'est donc purement et simplement l'application de la règle *prior tempore, potior jure*.

Cette hypothèse ne paraît présenter aucune difficulté, et on se demande d'où pouvait venir le doute de la part de celui qui s'est cru obligé de consulter le jurisconsulte romain. Le doute venait de la novation intervenue entre Titius et Seia postérieurement au prêt fait par le fisc, ce qui semblait donner à Seia une créance désormais moins ancienne que celle du fisc. Cette objection n'en est pas une, car le créancier qui au moment de la novation a le soin de réserver pour la seconde obligation l'hypothèque attachée à la première, garde le même rang qu'il avait auparavant (1); il se succède pour ainsi dire à lui-même (2). La nouvelle créance n'est autre que l'ancienne, rajeunie quant à son objet seulement.

Ce texte montre d'une manière évidente que, d'après Scévola, il faut accorder la préférence à l'hypothèque la plus ancienne, même sur les biens acquis postérieurement par le débiteur. De plus, suivant nous du moins, c'est là la véritable solution, conséquence naturelle de l'admission de l'hypothèque sur les biens à venir, et en faveur de laquelle la jurisprudence française a eu raison de se prononcer (3). En vain nous objecte-t-on que l'hypothèque, droit réel, ne peut pas frapper sur le vide, qu'elle ne peut valoir que lors de l'acquisition faite par le débiteur. Il va sans dire que, tant que l'immeuble n'est pas entré dans le patrimoine du débiteur, les créanciers hypothécaires n'ont qu'une espérance; mais cette espérance, une fois que la condition s'est accomplie, est

(1) L'art. 1278 du C. N. admet la même solution.

(2) Papinien, loi 3, *Princ.*; Marcien, loi 12, § 5.

(3) *Sic* : Lyon, 18 février 1829; Caen, 5 avril 1856; Aubry et Rau, II, 914; Pont, nos 529 et 732. — *Secus* : Duranton, XIX, 325; Delvincourt, III, 218 et suiv.; Persil, sur 2121, n° 7.

changée en un droit solide qui est censé avoir existé dès l'origine. Il y a effet rétroactif au jour de chaque convention hypothécaire, et par suite la question de date est décisive; et ce n'est pas ici une de ces conditions qui ne rétroagissent pas, parce qu'elles ne dépendent que du pur caprice du débiteur; l'abstention de toute acquisition serait quelque chose de trop nuisible aux intérêts du débiteur. Du reste, si l'on autorise un débiteur à grever valablement son patrimoine futur au profit d'un premier créancier, il ne doit plus lui être permis d'affecter le même patrimoine à un autre créancier, si ce n'est sous la charge, pour le second créancier, de respecter l'engagement antérieur. Sinon les créanciers seraient par trop à la merci du débiteur, qui pourrait, grâce à de nouvelles obligations garanties par des hypothèques, diminuer et presque anéantir les sûretés qu'il a déjà consenties.

Une fois le principe de la loi 21 démontré et justifié, il nous reste à écarter les objections que l'on a tirées des deux autres textes.

Et d'abord, de la loi 7 § 1 de notre titre. Voici l'hypothèse prévue par ce texte : J'ai constitué deux hypothèques, l'une générale sur les biens présents et à venir, l'autre spéciale sur tel fonds d'autrui, si j'en deviens propriétaire. Marcellus et Ulpien, d'après lui, décident que sur ce fonds, une fois entré dans le patrimoine du débiteur, les créanciers viendront en concours. On pourrait dire en faveur du créancier à hypothèque générale que son hypothèque, étant générale, portait sur les écus avec lesquels le débiteur a fait l'acquisition; que dès lors cette hypothèque s'est transportée sur le produit de l'emploi de l'argent et a dû conserver son caractère d'antériorité. Peu importe, répond le créancier à hypothèque spéciale par la bouche de Marcellus et d'Ulpien,

quo le fonds ait été acheté par notre débiteur avec des fonds qui vous étaient hypothéqués, *quippe, cum res ex nummis pignoralis empta, non sit pignoralis ob hoc solum quod pecunia pignoralis erat*; ce qui est acquis avec des écus engagés n'est pas subrogé à ces écus et frappé du même gage que ces derniers. Ce texte semble donc admettre sur les-biens à venir le concours entre un créancier hypothécaire général et celui qui n'a reçu qu'une hypothèque spéciale.

Cette antinomie apparente avec notre loi 21 peut s'expliquer. On ne comprend pas, en effet, que le créancier à hypothèque générale n'ait pas fait valoir l'argument, beaucoup plus sérieux, résultant de la priorité de la convention, et qu'Ulpien ne fasse pas mention de cet argument. — Ce silence des deux jurisconsultes est des plus justifiés, si on admet avec Pothier et beaucoup d'autres auteurs que, dans l'espèce, les deux créanciers ont obtenu en même temps, l'un son hypothèque générale, l'autre son hypothèque spéciale; par suite, une question d'antériorité ne pouvait même pas être soulevée. Cette interprétation, du reste, n'est pas le moins du monde hasardée; elle est, au contraire, favorisée par les premiers mots du texte : *Si tibi quæ habiturus sum et Titio specialiter fundum*. Ces termes, ce me semble, n'indiquent pas que la constitution d'hypothèque ait eu lieu à des époques différentes. Et d'ailleurs, dans la loi 7, § 1, le jurisconsulte romain veut-il résoudre une question de priorité? Évidemment non. Le § 1 n'est que la continuation de l'idée commencée au *proœmium* de notre loi. Dans ce *proœmium*, le jurisconsulte décide que les pupilles ont un privilège sur les choses achetées avec leur argent; Marcellus se dit alors : de ce qu'une chose a été achetée avec les fonds d'un pupille, celui-ci a une

hypothèque au premier rang; faut-il à celui auquel l'argent était hypothéqué donner le même droit de préférence sur les biens achetés avec cet argent? Et le jurisconsulte n'hésite pas à se prononcer pour la négative. Remarquons encore que si Marcellus et Ulpien avaient eu envie d'établir un droit de concours entre deux créanciers ayant reçu à diverses époques hypothèque sur les biens à venir, combien peu sérieux serait l'argument qu'ils prêtent au premier créancier, au cas où le débiteur acquerrait le fonds à *titre gratuit*!

Passons maintenant à la loi 28, *De jure fisci*, où Ulpien rapporte une opinion de Papinien.

Ce texte suppose le fisc créancier à hypothèque générale en conflit avec un autre créancier de même qualité, et il donne la préférence au fisc. Suivant l'interprétation de certains jurisconsultes, et entre autres de Cujas, il faut conclure de ce texte que le fisc a une hypothèque générale tacite dont l'effet est de lui attribuer préférence sur les autres créanciers à hypothèque générale quant aux biens que le débiteur acquiert par la suite. Suivant Cujas, tous les créanciers généraux, et cela sans tenir compte de la date de leur hypothèque, concourent sur les biens à venir; tel est le principe posé dans la loi 7, § 1. Mais le fisc échappe à cette règle; de là les deux solutions différentes d'Ulpien dans la loi 7, § 1, et dans la loi 28. Quant à la loi 21, Cujas l'explique en disant que Scévola veut parler, non de tous les biens acquis postérieurement à la première obligation, à une époque quelconque, mais seulement de ceux dont l'acquisition faite *post priorem obligationem* serait néanmoins antérieure au contrat passé avec le fisc..

C'est là une interprétation que la loi 21 rejette abso-

lument; elle suppose de la manière la plus explicite que tous les biens ont été hypothéqués au premier créancier d'abord, et au fisc ensuite; d'un autre côté, la loi 7, § 1, n'admet pas le concours entre les divers créanciers ayant reçu hypothèque à des dates différentes. Reste la question de savoir si la loi 28 contient, au profit du fisc, l'application d'un privilège spécial; c'est ce que nous n'admettons pas, comme nous le démontrerons plus loin. Ce privilège existerait-il véritablement, ce ne serait qu'une exception que tout autre créancier que le fisc serait mal venu à invoquer.

Nous croyons tout simplement que, dans la loi 28, le fisc a traité le premier avec le débiteur, *si qui mihi obligaverat quæ habel, habiturusque, cum fisco CONTRAXERIT*; le mot *contraxerit* exprime bien le passé, et la dernière phrase du texte, *prævenit enim causam pignoris fiscus*, marque aussi la priorité du fisc dans l'ordre des conventions constitutives d'hypothèque. Ajoutons enfin que cette loi 28 fait allusion à une constitution que nous avons au Code (1), et dans laquelle il est dit d'une manière formelle que le fisc a traité le premier. Avec une solution aussi expresse la discussion n'est plus possible, et nous restons en présence de la loi 21 de notre titre, qui tient compte, et avec raison, du rang des hypothèques, même sur les biens à venir.

§ 2. — *De l'hypothèque créée par ordre du magistrat.*

Le droit hypothécaire peut être établi par ordre du magistrat de deux manières différentes : par la *missio in*

(1) C., loi 2, *De priv. fisci*, VII, 73.

possessionem, puis par la *pignoris capio*. Reprenons chacune d'elles et disons-en quelques mots.

1° Par la *missio in possessionem*.

Le préteur permet à tout créancier de s'adresser aux magistrats et de leur demander l'envoi en possession de l'universalité des biens du débiteur, si celui-ci ne veut pas les désintéresser de ce qu'il leur doit.

Quels avantages cet envoi en possession procure-t-il aux créanciers? Les créanciers ainsi envoyés en possession ne deviennent pas propriétaires, ils ne sont que détenteurs possédant au nom d'autrui, et ont un interdit spécial pour se faire maintenir en possession (1). De plus, et cela a trait à notre sujet, l'envoi en possession confère aux créanciers qui l'obtiennent un droit de gage spécialement appelé *pignus prætorium*, parce qu'il tire son origine de l'édit du préteur (2). Ce *pignus prætorium* ne se constitue pas par le seul envoi en possession, il ne date pas du jour du décret du magistrat qui précède cet envoi, il n'existe que du jour de la prise effective de possession (3). Ce qu'il y a de singulier, c'est que ce *pignus prætorium* ne produit aucun droit de préférence au profit du créancier qui le premier s'est fait envoyer en possession et a acquis ce droit de gage (4); le créancier qui demande l'envoi en possession est censé avoir agi dans l'intérêt de tous les créanciers, et cet envoi une fois obtenu profite à tous les créanciers. Suivant M. Tambour (5), le *pignus prætorium* doit donner

(1) D., liv. 43, tit. 4.

(2) Ulpien, loi 26, *Princ.*, *De pign. act.*, D., XIII, 7.

(3) *Idem*, loi 26, § 1, *id.*

(4) Ulpien, loi 5, § 3, *Ut in possessionem*, D., liv. 36, 4.

(5) *Des voies d'exécution sur le débiteur*, tome 1, p. 178.

à la masse des créanciers existant au moment de l'envoi en possession un droit de préférence sur les créanciers postérieurs; ce serait alors quelque chose d'analogue à l'hypothèque au profit de la masse des créanciers d'une faillite, dont parlent les art. 490 et 517 du Code de Commerce; mais ce célèbre jurisconsulte nous dit lui-même que ce n'est là qu'une pure conjecture.

L'envoi en possession ne change en rien la situation des créanciers hypothécaires, qui conservent à l'égard de la masse des créanciers la position qu'ils avaient à l'égard du débiteur; seulement, si l'on admet l'idée de M. Tambour, les créanciers, obtenant hypothèque postérieurement à l'envoi en possession, doivent passer après les créanciers existant au moment de cet envoi.

2° Par la *pignoris capio*.

C'est la saisie de certaines choses par l'ordre du magistrat, tantôt comme moyen de contrainte contre les contumaces, tantôt, en vertu d'une constitution d'Antonin-le-Pieux, comme moyen d'exécution contre un débiteur qui a avoué la dette ou a été condamné, s'il ne paie pas dans le délai fixé; c'est ce que l'on appelle *pignus ex causa judicati captum*, qui correspond à notre hypothèque judiciaire, ou encore, suivant les commentateurs, *pignus judiciaire*, expression qui peut induire en erreur, vu qu'il n'est jamais constitué par le juge, mais toujours par le magistrat.

Ce droit de gage protège le créancier qui l'a obtenu contre tout acte d'aliénation totale ou partielle de la part du débiteur, mais sans l'affranchir du droit de préférence appartenant à une hypothèque conventionnelle déjà consentie.

Comme ce droit de gage est un effet de la saisie déjà exécutée, il n'existe que du jour de l'entrée en posses-

sion, et non de celui de la sentence (1). A la différence du gage prétorien, résultant de l'envoi en possession qui n'établit pas de cause de préférence entre les créanciers qui l'obtiendront à diverses époques, ici, au contraire, il faut suivre les règles ordinaires de préférence, d'après l'ordre des dates. C'est ce qui résulte clairement de la loi 10 de notre titre. Si un jugement a été régulièrement rendu, nous dit Ulpien, et qu'en exécution de ce jugement un gage ait été pris de l'autorité de celui qui a le droit de l'ordonner, l'héritier de celui à qui le même objet aurait été engagé d'abord sera préféré à raison du privilège attaché à l'antériorité de temps. — Ce texte applique la règle ordinaire, *prior tempore, potior jure*, et il n'est pas du tout contredit par la loi 61, *De re judicata* (2), de Julien. D'après cette loi, si un créancier obtient une condamnation, il peut exécuter sur les biens de son débiteur jusqu'à concurrence du montant de ce qui lui est dû, sans qu'il faille rien réserver à raison d'une condamnation antérieurement obtenue par un autre; autrement dit, l'antériorité de jugement ne produit aucun droit de préférence. Ce texte, comme il est facile de le voir, ne prévoit pas les mêmes faits que la loi 10 de notre titre; dans la loi 61, Julien suppose deux créanciers ayant obtenu chacun condamnation, mais n'ayant aucun gage, et, par suite, celui qui exécute le premier sera payé, tandis que dans la loi 10 il s'élève un conflit entre deux créanciers à qui le même objet a été successivement engagé, et la préférence est accordée

(1) Ulpien, loi 26, § 1, *De pign. act.*, D., XIII, 7. Constitution d'Antonin, loi 2, C., VIII, 18.

(2) D., liv. 12, lit. 1.

au plus ancien; c'est encore le triomphe de la règle *prior tempore, potior jure* (1).

§ 3. — *De l'hypothèque créée par la loi elle-même.*

A côté du gage nécessaire créé par l'ordre du magistrat, nous rencontrons certaines hypothèques créées en vertu de dispositions légales, que le droit romain appelle hypothèques *tacites*, et sur le rang desquelles nous avons peu de documents. Parmi ces hypothèques, les unes sont générales, les autres sont spéciales, portant sur des biens déterminés.

I. — *Hypothèques spéciales.*

Le locateur d'un fonds rustique a, pour les obligations résultant du contrat de louage, une hypothèque sur les fruits de l'immeuble, depuis le moment de la perception qui en est faite par un fermier ou un sous-fermier (2).

Le locateur d'un fonds urbain, pour les obligations qui résultent du bail, a hypothèque sur les choses que le locataire a apportées dans l'immeuble loué, et cette hypothèque date du moment où les choses ont été apportées (3), que le locateur ait connu ou ait ignoré cet apport (4).

Celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison au propriétaire, ou à l'architecte, par son ordre, a hypothèque sur cette maison et le sol qui la supporte, et cela en vertu d'un sénatus-consulte rendu

(1) Voir *Constitution*, formant la loi 3, l. VIII, 18.

(2) Pomponius, loi 7, *Princ. in quibus causis pignus*, D., XX, 2; Paul, loi 24, § 1, *Locati*, D., XIX, 2; Papinien, loi 53, *id.*

(3) Gaius, loi 11, § 2, D., XX, 1.

(4) Loi 5, C., IV, 65.

sous Marc-Aurèle Antonin (1). Le moment où ce gage prend naissance doit être celui de la reconstruction de la maison.

Les légataires, en vertu d'une constitution de Justinien, ont hypothèque sur les biens que celui qui en est grevé a reçus du testateur, et quand plusieurs sont chargés de l'acquittement du legs, l'hypothèque frappe sur la part héréditaire de chacun pour la portion du legs à sa charge (2). Le moment où commence cette hypothèque est celui de l'acquisition du legs.

II. — Hypothèques générales.

Parmi les hypothèques tacites générales, citons : celle des pupilles et mineurs sur les biens de leurs tuteurs et curateurs, pour les obligations résultant de la tutelle et de la curatelle, du moment où ils s'en sont chargés ou ont dû s'en charger (3); celle du fisc, établie par Antonin Caracalla sur les biens de ses administrateurs, du moment où ils sont entrés en fonctions, et sur les biens de tout débiteur contractuel, du moment du contrat (4); et enfin celle que Justinien accorda à la femme pour la restitution de la dot, et qui est une hypothèque privilégiée.

SECTION II. — DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE : *prior tempore, potior jure.*

Notre règle comporte trois exceptions; une quatrième est proposée, mais nous la rejetons.

(1) Paul, loi 21, D., *De pign. act.*, XIII, 7; Marcellen, loi 16, § 2, *id.*; Paul, loi 29, § 2, *id.*

(2) Loi 1, C., VI, 43; Nov. 108, c. 2.

(3) Loi 20, C., V, 37; Nov. 118, ch. 5 *in fine.*

(4) Loi 2, C., *Quibus pignus tacite*; lois 2 et 3, C., *De priv. fisci*, VII, 73.

1^{re} exception. — L'hypothèque, comme nous l'avons dit, est occulte à Rome; cependant il y a quelque tentative de la rendre publique. L'empereur Léon, dans une constitution rapportée au Code (1), décide que toute hypothèque constatée par un acte dressé sous l'autorité d'un magistrat ou d'un notaire public, soit au moins par un acte souscrit par trois hommes d'une renommée intégrale, passera, bien que *postérieure en date*, avant celles qui seraient dénuées de semblables preuves; c'est donc là un échec à notre principe général, *prior tempore, potior jure*. Ce n'est là, bien entendu, qu'une mesure des plus imparfaites pour rendre l'hypothèque publique, puisqu'elle n'établit pas une règle impérative et n'indique pas le moyen de porter la connaissance de cette hypothèque aux tiers intéressés à en savoir l'existence.

2^e exception. — Quand un débiteur accorde une hypothèque à Titius et qu'ensuite il hypothèque la même chose à un autre créancier avec le consentement de Titius, ce second créancier, nous dit Marcien (2), sera préféré à Titius, car Titius, en intervenant à la convention hypothécaire consentie au profit d'un autre créancier, montre par là même qu'il entend lui céder son rang. Il faudra, ajoute le jurisconsulte, examiner l'intention des parties pour savoir si le premier créancier veut simplement faire une cession d'antériorité, ou s'il entend même renoncer absolument à son droit d'hypothèque.

3^e exception. — Elle existe au profit de certains créanciers qui, bien que postérieurs en date, obtiennent cependant la préférence à raison de la cause de leur créance ou de leur condition particulière; c'est ce que les commentateurs ont appelé les créanciers à hypo-

(1) Loi 11, *Qui potiores*, C., VIII, 18.

(2) Loi 12, § 1, *Qui potiores*, D., XX, 1.

thèque privilégiée, expression dont les Romains ne se sont pas servis dans ce sens, puisque par créanciers privilégiés ils entendent les créanciers préférables seulement aux créanciers chirographaires, mais primés par les créanciers hypothécaires, même postérieurs en date.

Ces hypothèques privilégiées prennent rang, non pas d'après l'époque de leur établissement, mais d'après le degré de faveur dont elles jouissent; la question de rang n'est plus une question de date, mais une question de droit.

Cette faveur est accordée, non-seulement à quelques hypothèques tacites, mais encore à certaines hypothèques conventionnelles, en sorte que dans ces dernières l'établissement du droit même d'hypothèque suppose bien une convention, mais le droit de préférence s'y trouve ensuite lié de lui-même et en vertu de la loi.

Les créanciers hypothécaires privilégiés sont les suivants :

1° Les créanciers qui ont prêté de l'argent au débiteur pour acquérir, reconstruire ou conserver en son premier état la chose hypothéquée à un autre, ont un droit de préférence sur cette chose pour la somme dépensée dans ce but et pour les intérêts, en supposant qu'ils aient soin de convenir expressément d'une hypothèque, et cela au moment où s'est formée leur créance (1), dans les cas où ils n'ont pas une hypothèque tacite en vertu de la loi (2). La raison de ce privilège est puisée dans l'équité, et Ulpien nous l'exprime ainsi (3) : *Hujus enim*

(1) Ulpien, loi 25, *De reb. cred.*, D. XII, 1; Papinien, loi 3, § 1; Ulpien, loi 5, 6, de notre titre.

(2) Le titre *In quibus causis*, D. XX, 2, donne ces cas.

(3) Loi 6, D. XX, 4, *Qui potiores*.

pecunia salvam fecit totius pignoris causam. C'est l'argent de ce créancier qui a conservé le gage tout entier du débiteur; il a fait l'affaire de tous les autres créanciers, il est donc juste qu'il passe avant eux tous. C'est par application de la même idée que le C. N., art. 2102-3°, donne un privilège à celui dont les fonds ont servi à la conservation de la chose.

A ce principe, que le créancier qui prête de l'argent pour la conservation du gage commun doit lui-même être créancier hypothécaire pour pouvoir primer les autres créanciers même antérieurs, il existe une exception en faveur du pupille, et même, suivant certains auteurs, cette exception se serait étendue au mineur. — Le pupille, dont l'argent a été employé par le tuteur à l'acquisition d'une chose mobilière ou immobilière, a sur cette chose, indépendamment de toute convention, une hypothèque préférable même aux hypothèques plus anciennes (1). Rien de plus juste, en effet, d'abord parce que le pupille ne pouvant, à raison de son incapacité, stipuler une sûreté spéciale, il est du devoir du législateur de l'établir pour lui, et en second lieu on peut dire de l'argent du pupille que non-seulement il a servi à conserver le gage commun des créanciers, mais même que cet argent a créé le gage lui-même.

2° Celui qui a un droit de superficie peut l'hypothéquer, mais (2) le créancier ne sera payé sur le prix de l'immeuble qu'après le propriétaire du sol, auquel le superficiaire doit la redevance dite *solarium*. Ce n'est pas là une hypothèque privilégiée, le propriétaire du sol

(1) Ulpien, loi 7, *Princ.* de notre titre; voir aussi loi 3, *Princ.* d'Ulpien, D. XXVII, 9, et loi 6, C., VII, 8.

(2) Paul, loi 15, XX, 4, D., *Qui potiores.*

n'a ni privilège ni hypothèque; mais il est de toute justice que le superficiaire ne puisse profiter de son droit avant d'avoir payé la redevance, moyennant laquelle le propriétaire du sol a consenti à abandonner sa chose.

3° De deux créanciers ayant reçu successivement hypothèque de deux personnes qu'ils croyaient propriétaires du bien hypothéqué, et qui ne l'étaient ni l'une ni l'autre, lequel doit l'emporter? La loi 14 *in fine* de notre titre, de Paul, décide qu'en pareil cas on ne tient pas compte de la date des hypothèques, que celui-là sera préféré qui sera en possession. C'est un principe que certains jurisconsultes romains appliquaient à la Publicienne, quand une chose avait été vendue à deux acheteurs de bonne foi par deux vendeurs non propriétaires (1).

4° Le fisc a une hypothèque privilégiée, soit pour les impôts arriérés (2) (des auteurs nient le privilège du fisc dans ce cas, et expliquent les mots : *priore loco*, par la priorité d'après le temps et non d'après le droit, par conséquent par la préférence accordée à cette hypothèque à cause de l'antériorité de son établissement, et non à cause d'un privilège), soit pour ses créances contre un *primipilus*, c'est-à-dire contre un employé chargé de faire rentrer les prestations en nature de denrées destinées à la subsistance de l'armée, et de les faire verser dans les magasins établis à cet effet sur les frontières (3). Cette hypothèque tacite au profit du fisc contre le *primipilus* infidèle a même cela de spécial, qu'elle porte même sur le bien dotal de la femme en cas de besoin, c'est-à-

(1) Ulpien, loi 9, § 4, *in fine*, *De publiciana*, D., VI, 2.

(2) Loi 1, C., IV, 46.

(3) Loi 3, C., XII, 63. Plusieurs auteurs nient ce privilège.

dire une fois que sont épuisés tant les biens du primipilus lui-même que de ceux qui l'avaient présenté au choix de l'autorité.

Faut-il, avec plusieurs auteurs, aller jusqu'à dire que le fisc a une hypothèque privilégiée pour toutes ses créances contractuelles ordinaires? Nous nous sommes déjà prononcé pour la négative, sans avoir toutefois discuté longuement la question. Les lois 8 et 21 de notre titre nous sont tout à fait favorables. Les auteurs de l'opinion adverse se fondent sur une Constitution de Caracalla et sur la loi 28, *De jure fisci*; la Constitution dont il s'agit n'a pas été retrouvée, puis la loi 28 peut, nous l'avons démontré, s'expliquer d'une autre manière. Voici, dit-on, l'espèce prévue par ce texte : un débiteur a hypothéqué à un premier créancier, Titius, tous ses biens présents et à venir, puis il a contracté avec le fisc; celui-ci passera avant Titius sur les biens acquis depuis le moment où le fisc a obtenu son hypothèque. Ainsi, le fisc n'a privilège que sur les biens futurs. Suivant nous, dans ce texte, le fisc a contracté le premier, et il a la préférence en vertu de notre règle générale; c'est un point déjà acquis. Il serait, du reste, bien singulier que le privilège du fisc ne portât que sur les biens acquis par son débiteur postérieurement à son hypothèque, et ne s'étendit pas aux biens antérieurs. Ulpien, pour fonder sa décision, invoque les Constitutions impériales, *Quod et constitutum est*; or, d'après les Constitutions trouvées au Code sur ce sujet, le fisc a l'avantage d'une hypothèque générale indépendante de toute convention expresse, voilà tout; quant au rang que doit avoir cette hypothèque, elle suit les principes ordinaires, ainsi que nous l'apprend la loi 2, *De priv. fisci*, au Code (VII, 73). Dans cette loi 2, le fisc prime la femme

créancière pour sa dot, parce qu'il a contracté avec le mari avant que celui-ci ait hypothéqué ses biens au profit de sa femme. Pour expliquer ce résultat, l'empereur dit : *Jus fisci causam tuam prævenit*. Ulpien, se servant des mêmes termes dans la loi 28, a nécessairement en vue une hypothèse analogue, où le fisc a traité le premier. Si Cujas eût connu cette loi 2, la controverse ne serait jamais née.

Pour terminer sur ce point, constatons que la seule faveur n'existant pas du temps de Scévola, et accordée au fisc du temps d'Ulpien, est le bénéfice de l'hypothèque tacite; aussi Scévola dit-il dans la loi 21 de notre titre : *Postea mutuatur a fisco pecuniam, pignori ei res suas omnes obligavit*, tandis qu'Ulpien, en la loi 28, *De jure fisci*, se sert de cette formule : *Si qui cum fisco contraxerit*, sans parler d'une constitution expresse d'hypothèque; la loi 2 au Code emploie les mêmes termes. — Ainsi, il est bien entendu que, suivant nous, il n'y a aucune contradiction entre la loi 21 du titre, *Qui potiores*, et la loi 28, *De jure fisci*.

5° Les frais funéraires se prélèvent sur les biens du débiteur et sont acquittés avant toute autre dette, même hypothécaire (1).

6° D'après une Constitution de Justinien, rapportée au Code (2) et connue sous le nom de loi *Assiduis*, les femmes ont, tant sur les biens dotaux eux-mêmes que sur les autres biens du mari, une hypothèque privilégiée opposable même aux créanciers hypothécaires du mari antérieurs au mariage. Cette sûreté exorbitante et justement critiquée, qui a valu à Justinien le surnom d'impe-

(1) Loi 14, § 1, D., *De relig. et rempt. fun.*, XI, 7.

(2) Loi 12, *Qui potiores*, C., VIII, 18.

rator uxorius, a heureusement disparu de notre législation (1).

Des conflits peuvent naître entre les divers créanciers hypothécaires privilégiés eux-mêmes; comment les vider? C'est là une question un peu obscure; voici, du reste, la classification indiquée par plusieurs auteurs :

La préférence sur tous les autres créanciers hypothécaires appartient au fisc pour ses hypothèques privilégiées; cependant la femme peut revendiquer les choses dotales encore existantes, et quant à ces biens-là, elle passe avant tous les créanciers du mari (2).

Vient ensuite celui qui a prêté de l'argent pour l'achat d'une *militia*, et qui s'est réservé expressément le premier rang dans un acte souscrit par des témoins. Un semblable privilège est accordé à l'*argentarius*, qui a avancé de l'argent pour l'achat de toute autre chose, et s'est fait donner une hypothèque par un acte écrit.

L'hypothèque dotale de la femme ou de ses enfants vient après, et en cas de concurrence de plusieurs hypothèques dotales, la date décide de la préférence. Enfin, la dernière place est occupée par les autres créanciers privilégiés dont l'argent a été employé pour l'acquisition, la reconstruction ou la conservation de la chose du débiteur, et, entre ceux-ci, le créancier le plus récent prime le plus ancien, attendu qu'il a fait l'affaire commune et a conservé la chose hypothéquée même pour le créancier antérieur en date.

4° *Exception proposée.* — Au cas de conflit entre un créancier à hypothèque générale et un créancier à hypothèque spéciale, celui-ci, bien que postérieur en date,

(1) Voir l'art. 1572, C. N.

(2) Loi 30, C., *De jure dotium*.

peut-il envoyer le créancier général se faire payer sur les autres biens du débiteur? a-t-il un véritable droit de priorité quant au bien à lui spécialement engagé? Telle est la question qu'il nous faut examiner. Il importe à ce propos d'étudier la loi 2 de notre titre, du jurisconsulte Papinien. Cette loi se divise en deux parties qu'il faut distinguer avec soin.

Dans la première partie du texte, le jurisconsulte suppose un conflit entre un créancier Primus ayant reçu hypothèque générale sur tous les biens de son débiteur, et Secundus à qui, quelque temps après, a été consentie par le même débiteur une hypothèque spéciale sur un fonds déterminé, le fonds Cornélien par exemple. Secundus peut-il dire à Primus : que vous importe d'être payé sur tel ou tel bien? En vertu de votre hypothèque générale, vous avez le droit de vous faire payer sur les autres biens du débiteur; allez donc d'abord discuter les autres biens, ne venez pas m'enlever le seul gage qui assure le recouvrement de ma créance, puisque votre intérêt ne vous force pas à me nuire. Non, répond le jurisconsulte Papinien dans la loi 2, Secundus ne peut envoyer Primus discuter les autres biens du débiteur; Primus, en vertu même de la généralité de son hypothèque, a le droit de choisir les biens qu'il veut vendre et sur lesquels il veut être payé; s'il préfère s'attaquer au fonds Cornélien pour une raison ou pour une autre, et même sans autre motif que celui de vexer Secundus, il le peut, il est le maître. C'était à Secundus à ne pas accepter une pareille situation. Voici les termes mêmes de la loi : *Qui generaliter bona debitoris accepit, eo potior est, cui postea prædium ex his bonis datur quamvis ex cæteris pecuniam suam redigere possit.*

La même question se présente sous notre législation.

et il n'en existe guère qui ait donné lieu à autant de controverses, à autant de difficultés, que le concours des hypothèques générales et spéciales, bien qu'en France il n'y ait pas d'hypothèque générale conventionnelle.

Supposons, en effet, un créancier *Primus* auquel Paul doit 100,000 fr. *Primus* poursuit Paul, obtient contre lui un jugement qui dès lors emporte à son profit une hypothèque judiciaire générale frappant tous les biens du débiteur, qui sont, je le suppose, au nombre de deux, l'immeuble A et l'immeuble B, valant chacun 100,000 fr. Postérieurement à la naissance de cette hypothèque judiciaire, le débiteur Paul consent successivement deux hypothèques conventionnelles, une au profit de *Secundus* sur l'immeuble A, une autre au profit de *Tertius* sur l'immeuble B. *Primus* peut à son choix, du moins tel est notre avis, et ni *Secundus* ni *Tertius* ne peuvent se plaindre, peut, dis-je, faire porter son hypothèque générale soit sur le fonds A, soit sur le fonds B. De son seul caprice va donc dépendre le paiement de l'un ou de l'autre des créanciers à hypothèque générale; et, suivant nous, le seul remède à ce péril toujours imminent pour chacun des créanciers, par exemple pour *Secundus*, c'est de payer le créancier à hypothèque générale de manière à être subrogé à ses droits et à faire alors porter l'hypothèque générale sur le fonds B, pour que le fonds A soit libre et puisse désintéresser son hypothèque spéciale. Ce sera, il faut le reconnaître, le prix de la course, puisque *Tertius* peut en faire autant de son côté.

— La jurisprudence française admet cependant un tempérament équitable : si les deux fonds engagés d'une manière générale au profit de *Primus*, et d'une manière spéciale l'un à *Secundus*, l'autre à *Tertius*, sont en même temps saisis et vendus, et si l'ordre pour la distribution

du prix est en même temps ouvert; si, en outre, le créancier hypothécaire général ne requiert pas formellement que son hypothèque générale porte sur tel fonds, le juge-commissaire chargé de régler l'ordre peut, par équité, répartir l'hypothèque générale sur le prix de vente représentant les deux fonds, suivant la valeur comparée de chaque immeuble (1).

Les jurisconsultes romains eux-mêmes, dans certains cas, n'appliquent pas leur règle dans toute sa rigueur. Ainsi, dans la seconde partie de la loi 2, Papinien donne une solution différente, qui se justifie, du reste, de la manière la plus simple.

Papinien s'exprime ainsi : « Quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cætera bona pignori haberentur, si pecunia de his quæ generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente secunda conventionione secundus creditor in pignore postea dato non tam prior quam solus invenietur. »

Nous avons cru utile de citer le texte entier, parce qu'il ne peut être compris ainsi, et qu'on propose de le corriger de deux façons différentes.

Suivant certains auteurs, à la place de *cætera*, il faut lire *certa*, et le texte s'exprime alors de la manière suivante : Le débiteur hypothèque à Titius tous ses biens, sauf le fonds Cornélien, par exception, ou du moins il n'affecte le fonds Cornélien que subsidiairement, c'est-à-dire si les autres biens ne suffisent pas à désintéresser le créancier; puis le débiteur hypothèque ce même fonds Cornélien à Sempronius. Dans ce cas-là, Sempronius a le droit d'exiger que Titius vende tous les biens du débiteur avant de venir s'attaquer au fonds Cornélien. Cette

(1) Douai, 5 juillet 1843; Cassation, 26 décembre 1853.

convention, parfaitement permise du reste, et qui conserve un peu de crédit au débiteur, n'est pas, suivant nous, celle prévue par la loi 2.

Suivant d'autres commentateurs, à l'opinion desquels nous nous rangeons, *cætera* doit être maintenu; mais à la place de *generaliter* il faut lire *specialiter*; voici alors l'espèce examinée par le jurisconsulte : Le débiteur Paul consent au profit du créancier Primus une première hypothèque spéciale sur le fonds Cornélien, et il la consent purement et simplement, sans aucune condition; puis il consent au même créancier une hypothèque générale, sous cette condition qu'il ne pourra poursuivre les autres biens du débiteur qu'après discussion préalable du bien à lui engagé spécialement; le même débiteur confère ensuite à un créancier Secundus une hypothèque spéciale sur certains biens, autres que le fonds Cornélien. Dans cette espèce, si Primus veut vendre les biens spécialement affectés à Secundus, celui-ci peut exiger que Primus aille d'abord discuter le bien qui lui a été spécialement engagé, c'est le *beneficium discussionis reale*. Si le fonds Cornélien suffit à désintéresser Primus sur les biens à lui hypothéqués, Secundus vient évidemment le premier, bien que postérieur en date; et pour énoncer ce résultat, Papinien nous dit avec la plus grande justesse que Secundus est plutôt seul qu'il n'est premier, puisque Primus ne vient pas du tout en concours avec lui. La condition, *si tibi fundus Cornelianus non satisfecerit*, ayant fait défaut, son hypothèque sur les autres biens s'est trouvée éteinte.

Comme on le voit, cette convention d'hypothèque générale conditionnelle, postérieure à une constitution d'hypothèque spéciale, est un moyen pratique à l'aide duquel le débiteur peut ménager son crédit, et par suite

contracter d'autres emprunts. Cette convention est des plus fréquentes à Rome, et même une constitution des empereurs Sévère et Antonin, rapportée au Code (1), déclare qu'on doit la sous-entendre toutes les fois qu'un premier créancier a reçu hypothèque spéciale sur certains biens, et hypothèque générale.

L'étude approfondie de cette loi montre bien clairement qu'en principe le créancier à hypothèque spéciale ne prime pas, même sur l'objet à lui spécialement engagé, un créancier à hypothèque générale antérieure. Ce n'est donc pas là une exception à la règle *prior tempore, potior jure*.

CHAPITRE II.

Des effets de la priorité.

Après avoir classé les divers créanciers hypothécaires, étudié la règle *prior tempore, potior jure*, et les nombreuses applications de cette règle, il nous faut examiner les avantages attachés à la priorité du rang : tel est l'objet de ce second chapitre.

Tout créancier hypothécaire jouit de trois droits principaux : le droit de suite contre tout détenteur de la chose, le droit de faire vendre la chose, et, enfin, celui d'être payé sur le prix par préférence aux autres créanciers. Tout créancier hypothécaire peut exercer chacun de ces droits à l'encontre d'un créancier postérieur, et le premier à l'encontre de tous ; mais pour simplifier notre exposé, nous supposerons toujours que c'est le premier créancier qui veut agir.

(1) C., loi 2, *De pign. et hyp.*, VIII, 14.

SECTION PREMIÈRE. — DU DROIT DE SUITE.

Le créancier peut demander contre tout détenteur la possession de la chose qui lui a été engagée, même avant l'échéance de la dette, s'il s'agit d'un gage proprement dit, et seulement après l'échéance quand il s'agit d'une hypothèque. Ce droit de se faire mettre en possession du bien hypothéqué appartient à tout créancier hypothécaire vis-à-vis de tout possesseur, mais le créancier premier en date a le droit exorbitant d'exiger le bien hypothéqué même des créanciers hypothécaires postérieurs (1).

En France comme à Rome, l'hypothèque est un droit réel opposable à tous, créant droit de suite et cause de préférence. Sous ce point de vue, cependant, les deux législations diffèrent essentiellement. En France, le droit de suite et le droit de préférence sont deux droits nettement distincts : le droit de préférence porte sur le prix de la chose et s'oppose aux créanciers du même débiteur ; le droit de suite porte sur la chose même et s'oppose aux tiers détenteurs. A Rome, les droits du créancier hypothécaire se résument en ce droit unique : la rétention ou l'acquisition de la possession de la chose hypothéquée. Sous notre législation, l'hypothèque ne confère pas au créancier le droit de posséder ; le créancier qui veut se faire payer provoque contre tout détenteur la vente de l'immeuble hypothéqué ; il dit à ce tiers détenteur : *aut cede, aut solve*. Si celui-ci veut bien acquitter la dette, tout est dit ; s'il abandonne l'immeuble, on nomme alors un curateur à l'immeuble délaissé, et il est procédé à la vente sous le nom de ce curateur. Il y

(1) Marcien, loi 12, D., XX, 4.

a encore un autre moyen pour le tiers détenteur, c'est d'offrir son prix d'acquisition aux créanciers hypothécaires, sous cette condition que par là même toutes les hypothèques payées ou non intégralement seront complètement éteintes; ce moyen, c'est la purge. Les créanciers ont le choix entre deux partis : ou surenchérir, l'immeuble est alors vendu aux enchères; ou accepter les offres du tiers détenteur, alors toutes les charges réelles pesant sur l'immeuble sont éteintes. Ce n'est qu'après toutes ces formalités que l'on voit apparaître le droit de préférence, d'après lequel les créanciers sont colloqués sur le prix suivant la date de leurs hypothèques.

Bien différente est la législation romaine : soit à l'égard des tiers acquéreurs, soit à l'égard des cocréanciers, le droit du créancier hypothécaire se présente toujours sous une forme unique : le créancier réclame la possession de l'objet engagé pour le vendre ensuite et se payer sur le prix. On peut donc dire qu'à Rome le créancier a un véritable droit de préférence sur la chose elle-même; le droit de préférence paraît dominer le droit de suite.

La législation romaine, partant de ce principe, que le premier créancier avait le droit de posséder, assure, au profit de ce premier créancier, tous les moyens nécessaires pour lui procurer la possession qu'il n'a pas, ou pour maintenir entre ses mains la possession qu'il a déjà; cependant, il ne peut entrer en possession de son autorité privée, quand même cela lui serait permis par la convention; il doit recourir à l'autorité du magistrat (1).

De deux choses l'une : ou le premier créancier hypo-

(1) Loi 3, C., *De pign.*, VIII, 11.

thécaire possède, ou il ne possède pas; dans l'un et l'autre cas, il triomphe toujours.

1° Primus, le premier créancier, possède l'objet hypothéqué; Secundus, créancier hypothécaire, agit par l'action quasi-servienne; il est réellement créancier hypothécaire, mais il vient après Primus. Celui-ci, qui est défendeur à l'action, paralysera l'action de Secundus par l'exception *rei pignoratæ ante te* : il triomphe donc, et est maintenu en possession.

2° Si Secundus possède, Primus, premier créancier hypothécaire, agit contre Secundus; celui-ci d'opposer l'exception *rei pignoratæ*, puisqu'il est créancier hypothécaire. Primus, qui a sur Secundus l'avantage du rang, brisera l'exception par la réplique *rei pignoratæ ante te*, et triomphera comme demandeur, de même que dans la première espèce il triomphait comme défendeur; le moyen qu'il a fait valoir comme défendeur à l'aide d'une exception, il le fait valoir comme demandeur à l'aide d'une réplique. Le résultat obtenu est toujours le même : la possession est acquise au premier créancier hypothécaire.

Outre ces moyens pétitoires, le créancier hypothécaire qui possède peut se faire maintenir en possession au moyen des interdits *uti possidetis et utrubi* (1); s'il a perdu la possession par violence, il a l'interdit *unde vi*. Cependant, celui qui n'a qu'un simple gage prétorien n'a pas la possession *quantum ad interdicta*, et par suite pas d'interdits, il n'a que le droit de détention (2).

Le système hypothécaire romain est très-imparfait

(1) D., loi 16, *De usurpat.*, de Javolenus, XLI, 3.

(2) D., loi 3, § 23, de Paul; 10, § 1, *De adq. poss.*, d'Ulpian, XLI, 2.

quant à ce droit de posséder reconnu au profit du premier créancier. Supposons, en effet, un certain nombre de créanciers ayant reçu successivement hypothèque, il y a lieu à des dépossessions successives; chacun des créanciers triomphe par l'action quasi-servienne contre un possesseur qui n'est pas lui-même créancier hypothécaire, puis chacun d'eux doit céder la possession à celui qui le précède, et ainsi de suite jusqu'au premier, qui est, lui, *potior jure*.

Ce sont là des inconvénients qui ne subsistent pas aujourd'hui, puisque, comme nous l'avons vu, un créancier hypothécaire n'a pas le droit de réclamer la possession de l'objet engagé à l'encontre de ses autres cocréanciers postérieurs.

SECTION DEUXIÈME. — DROIT DE VENDRE.

Premier point. — Qui peut vendre?

Le créancier premier en date, une fois mis en possession, peut à son choix vendre la chose hypothéquée ou la garder provisoirement jusqu'à parfait paiement. Seul, il a le droit de se mettre en possession; seul encore, il a le droit de vendre ou du moins de faire une vente opposable à tous les autres créanciers; ceux-ci ne peuvent pas le forcer à vendre, alors même qu'il se présenterait une occasion opportune; il est le maître absolu de la situation. Il n'en est pas de même de notre droit, où tout créancier peut faire vendre le bien hypothéqué, quitte, bien entendu, à n'être lui-même payé qu'après désintéressement des créanciers hypothécaires antérieurs.

Ce droit de vendre la chose appartient à tout créancier placé au premier rang, qu'il ait une hypothèque générale ou spéciale, ou qu'il se trouve en face d'un

créancier postérieur à hypothèque générale ou spéciale. Nous avons déjà examiné cette question sur la loi 2 de Papinien.

Deuxième point. — De la vente et de ses effets.

Le créancier a le droit de procéder lui-même à la vente, sans intervention d'officiers publics, sauf le cas où il s'agit de gages saisis sur le débiteur par ordre du magistrat, c'est-à-dire de la *pignoris capio*; la vente doit alors être faite par l'autorité du magistrat et deux mois après la saisie (1).

Le créancier, avant de procéder à la vente, doit-il avertir le débiteur? D'après le droit des Pandectes, il doit par *trois fois* dénoncer au débiteur son intention de vendre dans le cas où la chose ne serait pas dégagée (2). Suivant Justinien, à défaut de convention particulière, une *seule* dénonciation suffit, mais la vente ne peut avoir lieu que deux ans après (3). S'il est convenu que le gage ne sera pas vendu, Justinien exige encore les trois dénonciations et un laps de deux ans (4). A l'inverse, si la permission de vendre le gage a été expressément accordée au créancier par la convention, on admet, conformément à l'intention vraisemblable des contractants, que le créancier, quand il n'est pas payé à l'échéance, peut procéder à la vente du gage, sans avertir le débiteur (5).

Quant aux formes de la vente, il n'y en a pas de prescrites, du moins à peine de nullité. La seule règle, c'est que le créancier doit vendre de bonne foi : il doit

(1) *Callistrate*, loi 31, *De re jud.*, D., liv. 42, tit. 1.

(2) Paul, *Sent.*, II, v., § 1.

(3) Loi 3, § 1, C. *De jure domin. impetr.*, VIII, 34.

(4) D., loi 4, *De pign. act.*, XIII, 7, d'Ulpien.

(5) *Inst. Just.*, § 1, *Quib. alienare licet*, liv. II, tit. 8.

agir comme un mandataire; il doit prendre autant que possible les intérêts du débiteur qui a constitué l'hypothèque (1); il ne peut, sans le consentement de celui qui a donné le gage, l'acheter ni par lui-même, ni par personne interposée (2). Il ne peut pas non plus vendre la chose hypothéquée au débiteur, cette vente faite serait nulle et laisserait subsister le droit d'hypothèque (3); seulement la somme payée à titre de prix servirait à éteindre la dette.

La vente régulièrement consentie par le créancier transmet à l'acheteur les mêmes droits que si elle eût été consentie par le débiteur lui-même (4); celui-ci ne pourrait donc retirer la chose des mains de l'acheteur en offrant le paiement de la dette (5).

Le créancier vendeur doit livrer à l'acheteur la possession de la chose, ou, s'il n'a pas lui-même cette possession, lui céder le droit qu'il a de l'obtenir et les actions qui tendent à ce but (6). Le créancier est tenu de la garantie envers l'acquéreur, sauf son propre recours contre celui qui lui a consenti l'hypothèque (7).

La vente consentie de bonne foi par le premier créancier purge l'objet de toutes les hypothèques dont il peut être grevé (8). Pour toute ressource, les autres créanciers ont droit de demander au premier créancier ce qui lui reste du prix; mais ce créancier a pu vendre la chose à

(1) Loi 9, C., *De distr. pign.*

(2) Sent., Paul, II, 13, § 4.

(3) Papinien, loi 40, *De pign. act.*, D., XIII, 7.

(4) Ulpien, loi 46, *De act. rer. dom.*, D., liv. XLI, tit. 1.

(5) Loi 2, C., *Si antiq. cred.*, VIII, 20.

(6) Ulpien, loi 13, *De pign. act.*, D., XIII, 7.

(7) Ulpien, loi 22, § 4, *De pign. act.*, D., XIII, 7.

(8) Const. 1, *Si antiq. cred.*, C., VIII, 20.

un moment inopportun, de manière à se désintéresser seul, et alors les autres créanciers se voient complètement frustrés de la somme qui leur est due.

Au lieu de vendre la chose, le créancier peut-il se la faire attribuer en paiement? Les parties peuvent-elles, lors de la constitution d'hypothèque, convenir expressément qu'à défaut de paiement le créancier deviendra propriétaire de la chose engagée? C'est là ce que l'on appelle le *pacte comissoire*; est-il possible? A l'époque des jurisconsultes classiques, ce pacte est permis (1); Constantin (2) le prohiba comme usuraire. En effet, presque toujours le créancier reçoit pour garantie de sa créance un objet supérieur au montant de sa créance, le débiteur espérant toujours pouvoir payer sa dette, et le créancier s'en trouve propriétaire au grand détriment du débiteur. — Si cette clause est prohibée, on peut cependant convenir qu'à défaut de paiement l'objet engagé appartiendra au créancier pour son juste prix, d'après l'estimation qui sera faite à ce moment (3).

Cette attribution au créancier de l'objet engagé peut avoir lieu en dehors de toute convention, s'il ne se présente pas d'acheteur solvable. Il faut distinguer cependant deux cas ;

1° Dans le cas de la vente publique d'un gage saisi sur le débiteur par l'ordre du magistrat, le créancier a le choix ou d'enchérir et de se faire adjuger le gage (4), ou d'obtenir du prince l'adjudication de la propriété de la chose engagée pour le montant de sa créance, de manière que cette créance soit éteinte.

(1) Frag. Vatic. , § 9.

(2) Constitution 3, *De pactis pign.*, C., VIII, 35.

(3) Marcien, loi 16, § 9, *De pign. hyp.*, D., XX, 1.

(4) Loi 2, C., VIII, 23.

2° Dans la vente des autres espèces de gage, le créancier peut se faire adjuger le gage au moyen d'une vente publique, *proscriptio publica*; et dans ce cas, le débiteur a un an pour exercer le retrait (1). Sous Justinien, cette vente publique, qui, du reste, était tombée en désuétude, est expressément supprimée (2); le créancier peut, après nouvelle sommation de payer faite au débiteur et non suivie d'effet, se faire adjuger par le prince la propriété du gage; le débiteur conserve cependant pendant deux ans son droit de retrait (3).

SECTION III. — DROIT DE SE FAIRE COLLOQUER PAR PRÉFÉRENCE SUR LE PRIX.

Le premier créancier hypothécaire, une fois mis en possession, vend; la vente terminée, il se paie sur le prix, par préférence à tous autres créanciers. C'est là à quoi tendent ses deux autres droits; il est *potior jure*; et ici c'est un principe équitable : étant le premier en date, il est le premier au paiement. Il prend rang non-seulement pour le capital, mais encore pour tous les intérêts de sa dette (4), même les intérêts non-échus au moment des constitutions postérieures d'hypothèque. Ainsi j'y hypothèque mon fonds à Primus, puis à Secundus : Primus passera avant Secundus, même pour les intérêts courus depuis la convention hypothécaire passée avec Secundus : c'est une conséquence exagérée de ce principe que l'accessoire suit le principal, conséquence que

(1) Loi 3, C., *De jure dom. impetr.*, VIII, 34.

(2) Loi 3, même texte.

(3) Loi 3, § 1, et loi 6, C., *De jure dom. impetr.*

(4) Scévola, loi 18, *Qui potiores*, D., XX, 4.

l'art. 2151 de notre Code a réduite dans de justes limites.

CHAPITRE III.

Moyens pour le créancier hypothécaire postérieur d'acquérir la priorité, et particulièrement du *jus offerendi*.

Des notions que nous avons exposées, il résulte que le premier créancier hypothécaire a la part du lion ; non-seulement il est payé par préférence sur le prix de vente de l'objet hypothéqué, ce qui est de toute justice, mais seul il a le droit d'être mis en possession, seul il a le droit de vendre sans appeler les autres créanciers, système désastreux pour les créanciers postérieurs qui eussent peut-être été payés si la vente avait été faite dans un moment opportun, et d'autant plus désastreux que, comme nous l'avons vu, cette vente purge le bien de toutes les hypothèques postérieures.

Aussi la législation romaine s'est-elle préoccupée de cette situation déplorable et a-t-elle essayé de pallier un peu ces inconvénients, en donnant aux créanciers hypothécaires postérieurs le moyen de s'assurer les avantages de la priorité, en prenant la place du premier créancier.

Notre droit français désigne sous le nom général de *subrogation* les différentes hypothèses dans lesquelles un tiers entre dans les droits du créancier qu'il désintéresse. Le mot *subrogation* n'est pas connu chez les Romains ; ils expriment la même idée par ces mots : *Successio in locum alterius, beneficium cedendarum actionum*.

La succession, dans la place et les droits d'un créancier hypothécaire, peut s'opérer de plusieurs manières,

par exemple, en se faisant céder par un créancier hypothécaire, son droit (1).

Ou en achetant la chose hypothéquée et en satisfaisant le créancier hypothécaire avec le prix (2).

Ou en prêtant au débiteur de l'argent pour payer un créancier hypothécaire, et en convenant expressément qu'on prendra sa place si le paiement a lieu (3).

Ces diverses voies sont ouvertes aux simples créanciers chirographaires et même à tous les tiers, aussi bien qu'aux créanciers hypothécaires, tandis que le *jus offerendæ pecuniæ*, que nous allons développer, n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires, et à eux seuls, et n'est pas plus subordonné au consentement du créancier qu'on veut écarter qu'à celui du débiteur (4).

A propos du *jus offerendi*, nous avons plusieurs questions à examiner :

Son origine;

Qui peut l'exercer;

A quelles conditions et comment opère-t-il;

Ses effets;

Sa nature;

Ses imperfections;

1^{er} point. — Origine du *jus offerendi pecuniæ*; qui peut l'exercer?

Le *jus offerendi* vient du droit non écrit, de l'usage, de la pratique, qui avait compris le besoin d'une insti-

(1) Loi 6, D., *De hered. vel act. vend.*, XVIII, 4; loi 8, C., IV, 39; loi 19, D., h. t.; lois 2 et 14, C., *De fidej.*, VIII, 41.

(2) D., loi 17, *Qui potiores*, de Paul; loi 3, C., VIII, 19.

(3) Loi 1, C., eod; loi 3., D., *Quæ res pignori.*, XX, 3; loi 12 § 8, D., h. t., de Marcien.

(4) Marcien, loi 12, § 4, D., *Qui potiores*, XX, 4.

tution destinée à remédier aux inconvénients que nous avons signalés.

Ce droit, nous l'avons déjà dit, existe au profit seulement des créanciers hypothécaires sur le même immeuble, et nullement au profit des créanciers chirographaires. En général, ce droit est exercé par un créancier hypothécaire postérieur qui tient à acquérir le premier rang.

Tout créancier postérieur, à quelque rang qu'il soit (1), peut user de ce droit, même à l'encontre du créancier qui a déjà acquis la propriété de la chose par une dation en paiement ou par une vente que lui a faite le débiteur (2), même à l'encontre des cautions du débiteur à qui le gage a été laissé à titre d'achat, en conséquence du paiement qu'elles ont fait pour lui (3), même à l'encontre d'un tiers acheteur du gage, mais seulement quand le débiteur a vendu ce gage sans le concours du créancier antérieur, quoiqu'il ait employé le prix à le satisfaire (4), et non lorsque le créancier antérieur a lui-même vendu régulièrement le gage, auquel cas toutes les hypothèques postérieures sont éteintes (5).

Le *jus offerendi* appartenant à tous les créanciers postérieurs, il peut s'élever un conflit entre eux, chacun voulant acquérir la place du premier créancier pour se rendre maître de la position. Si plusieurs créanciers offrent en même temps de désintéresser le premier

(1) Paul, loi 16, *Qui potiores*, D., XX, 4.

(2) Marcien, loi 5, § 1, *De distr. pign.*, D., XX, 5 ; loi 1, *Si ant. cred.*, C., VIII, 20.

(3) Papinien, loi 2 ; Marcien, loi 5, § 1, *De dist. pign.*, D., XX, 5.

(4) Papinien, loi 3, § 1, *De dist. pign.*, D. ; loi 1, C., *Si antiq. cred.*, VIII, 20.

(5) Papinien, loi 3, *Princ. de dist. pign.*, D., XX, 5.

créancier, ou si, après que l'un a acquis le premier rang par l'exercice du *jus offerendi*, un autre veut user à son égard du même droit, comment régler ce concours?

La loi 20 de notre titre peut nous amener à une solution. Voici l'hypothèse prévue par le jurisconsulte Tryphoninus. — Primus a hypothèque pour 30 sur un immeuble; le débiteur emprunte à Seius une nouvelle somme de 50 et lui consent hypothèque au second rang sur la plus-value du même immeuble. Plus tard, Primus prête au même débiteur 40 avec hypothèque encore sur le même immeuble. Le jurisconsulte se demande si, après que le premier créancier aura été payé de sa première créance s'élevant à 30 sur les fonds provenant de la vente de la chose, le surplus doit être remis à Seius pour 50 ou au premier créancier pour sa créance postérieure de 40; et le jurisconsulte décide que la plus-value, *hype ocha*, doit être affectée par préférence à Seius, et voici le motif donné par Tryphoninus : *Finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam? Dixi consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore; et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque ejus, postponatur primus creditor in summam quam postea eidem debitori credidit.* Supposez que Seius soit prêt à payer à Primus les 30, montant de sa première créance; il est alors conforme aux principes de décider que Seius aura la préférence pour la plus-value de l'immeuble, et que s'il offre au premier créancier sa première créance et les intérêts, il primera le premier créancier pour la somme que celui-ci a prêtée depuis au même débiteur.

Ce texte prouve de la manière la plus évidente que Seius, placé entre deux hypothèques appartenant au même créancier, peut user du *jus offerendi* à l'égard de

la créance garantie par la première hypothèque, sans s'inquiéter de la créance garantie par la troisième hypothèque, bien qu'appartenant au même créancier (1). Sous l'empire du Code N., des jurisconsultes n'admettent pas la solution romaine et refusent à un créancier intermédiaire l'exercice du *jus offerendi* à l'égard d'une créance antérieure appartenant au même titulaire qu'une créance postérieure; en effet, nul n'est tenu de prêter la main à une subrogation que l'on ferait tourner contre lui-même (2).

Si donc, à Rome, le créancier intermédiaire a le droit de rembourser la créance antérieure, au préjudice du créancier qui perd ainsi le bénéfice du premier rang, peu importe probablement que cette créance antérieure ait appartenu dès le principe au même titulaire que la créance postérieure, ou qu'elle lui ait été acquise par l'effet du *jus offerendi* : il n'y a pas de différence entre les deux hypothèses.

Une fois que Seius, créancier du second rang, a ainsi acquis le premier rang au préjudice du créancier postérieur, celui-ci n'a-t-il aucun moyen d'acquérir le droit de vendre par l'exercice du *jus offerendi*? La loi romaine est muette à ce sujet, mais son esprit nous autorise à donner une réponse affirmative; le créancier du troisième rang peut user du *jus offerendi* en remboursant à Seius et la somme par lui payée au premier créancier, et sa créance personnelle. Donc, tout créancier postérieur, à quelque rang qu'il soit, peut exercer le *jus offerendi*, et s'il y a conflit dans l'exercice de ce droit entre plusieurs créanciers hypothécaires, la préférence se règle suivant l'ordre des rangs. De là s'ensuit que le créancier posté-

(1) Voir aussi loi 3, § 1, loi 12, § 5, de notre titre.

(2) *Sic* : Aubry et Rau, II, 851.

rieur, qui veut être sûr de conserver le premier rang acquis par l'exercice du *jus offerendi*, doit rembourser les créanciers intermédiaires.

Jusqu'à présent nous avons examiné le *jus offerendi* exercé par un créancier postérieur; ne peut-il pas l'être par un créancier antérieur à l'égard d'un créancier postérieur? Malgré l'opinion contraire de quelques auteurs, le créancier antérieur, dans le cas où il y trouve son intérêt, par exemple si on lui conteste son droit de priorité, peut user du *jus offerendæ pecuniæ* contre un créancier postérieur (1); certains textes des Pandectes y font même allusion (2). L'art. 1251, de notre Code, refuse ce droit au créancier antérieur. C'est là, suivant l'opinion générale, une mauvaise solution, car le créancier antérieur peut avoir à cette opération un intérêt légitime, pour éviter les frais et les contestations qui se multiplient par le nombre des créanciers, ou pour empêcher que les biens du débiteur ne soient vendus à contre-temps par un créancier qui lui est inférieur.

2^o point. — A quelles conditions et comment opère le *jus offerendi*?

Le créancier hypothécaire qui veut user du *jus offerendi* doit compter au premier créancier tout ce que celui-ci a le droit d'exiger du débiteur, par conséquent, capital et intérêts (3). Ainsi, une seule condition apposée à l'exercice du *jus offerendi*, le désintéressement complet du premier créancier. Si un créancier postérieur est prêt à payer au premier ce qui lui est dû, l'action hypothé-

(1) Paul, Sent., liv. II, tit 13, § 8.

(2) Loi 1, D., De dist. pign., XX, 5, ante secundum creditorem dimissum, loi 5, C., h. t., VIII, 18.

(3) Lois 2 et 3, § 1, D., De dist. pign. XX, 5; loi, 5, C., h. t.

caire lui appartiendra-t-elle si le premier créancier ne veut pas recevoir son remboursement? Gaius (1) décide que cette action est inutile au premier créancier; « c'est parce qu'il l'a bien voulu qu'il n'est pas payé, » il ne la garde donc pas. Marcien (2) donne la même solution, en ajoutant qu'il aura aussi recours pour les intérêts qu'il aura payés au premier créancier; mais il ne pourra pas réclamer du débiteur les intérêts de ces intérêts, parce qu'il n'est pas ici un gérant d'affaires, il a agi pour lui-même et non pour le débiteur.

La *successio in locum* ou *in jus* résultant du *jus offerendi* a lieu de plein droit; le créancier qui a désintéressé le premier créancier n'a besoin de faire aucune réquisition, à la différence de ce qui se passe dans le bénéfice *cedendarum actionum* au profit du fidéjusseur. En effet, le paiement fait par le créancier postérieur ne peut guère s'expliquer que par le désir d'acquérir la place du premier créancier.

Si le premier créancier refuse de recevoir son paiement, le créancier postérieur, s'il est en possession, pourra repousser l'action hypothécaire de ce premier créancier par une exception, l'exception de dol; il y a dol du premier créancier à refuser le paiement. Si le créancier postérieur ne possède pas, il peut régulièrement consigner la somme (3); c'est la conséquence de ce principe, que le *jus offerendi* peut être exercé malgré la volonté du créancier.

Le créancier postérieur obtiendra-t-il le premier rang lorsqu'au lieu de payer le premier créancier il se sera

(1) Loi 11, § 4, D., XX, 4.

(2) Loi 12, § 6, *id.*

(3) Loi 1, C., VIII, 18.

contenté de faire juger que lui-même est préférable à ce créancier? Telle est la question que se propose Paul dans la loi 16 de notre titre, qui est assez curieuse.

Claudius Félix débiteur, a hypothéqué successivement le même fonds à trois créanciers : d'abord à Eutychiana, puis à Turbon, et en troisième lieu à un autre créancier Tertius. Eutychiana intente l'action hypothécaire contre Tertius qui est en possession de l'objet engagé; elle perd son procès et n'appelle pas. Turbon, le second créancier, agit à son tour contre Tertius. Il succombe, mais il en appelle. Alors devant le juge d'appel se présente cette question : Tertius doit-il l'emporter sur Turbon par cela même qu'il l'a emporté sur Eutychiana, qui est préférable à Turbon? Ou bien celle-ci étant écartée, Turbon doit-il exclure Tertius? Ce qui pourrait faire croire que Tertius doit l'emporter, c'est que dans le cas où il aurait remboursé Eutychiana, il passerait sans conteste avant Turbon. Paul nous dit que les deux cas ne peuvent être assimilés, et que cette solution doit être rejetée en vertu de l'autorité toute relative de la chose jugée, qui ne lie que les parties adverses. Tertius ne peut pas plus se prévaloir contre Turbon d'un jugement où celui-ci n'a pas été partie, que Turbon, après avoir vaincu Tertius qui aurait lui-même vaincu Eutychiana, ne pourrait opposer son jugement à Eutychiana, *res inter alios judicata aliis neque nocet neque prodest*; donc le troisième créancier n'a point pris la place de celui qu'il a écarté, et le second créancier conserve son droit entier sans préjudice de la première sentence.

Mais voici ce qui va arriver lorsqu'on voudra distribuer le prix du bien hypothéqué. Si on veut payer Eutychiana, Tertius de se présenter et de vouloir passer avant elle, en vertu du premier jugement devenu défini-

tif, puisqu'il n'y a pas eu appel. Arrivera alors Turbon, qui est deuxième créancier et veut passer avant Tertius : celui-ci devra céder la place à Turbon. Eutyhiana de réclamer immédiatement la priorité contre Turbon et de l'évincer. Tertius reviendra de nouveau contre Eutyhiana. On se trouve en face d'une difficulté qui semble insurmontable. Cependant, certains commentateurs indiquent deux moyens de sortir d'embarras :

1° Il est possible que le premier procès ait simplement jugé que Eutyhiana n'avait pas la préférence et ne pouvait pas revendiquer l'objet frappé d'hypothèque contre Tertius. Plus tard, Tertius est vaincu par Turbon, qui doit lui-même passer après Eutyhiana. Tertius revient alors et veut opposer le premier jugement rendu entre elle et lui. La première créancière peut lui répondre victorieusement : ce qui a été jugé entre nous, c'est que je ne pouvais pas établir mon droit de priorité, et, par suite, revendiquer le gage contre vous ; maintenant la position n'est plus la même, j'ai obtenu la possession du gage contre Turbon, c'est donc à vous de prouver que vous m'êtes préférable, *onus probandi incumbit ei qui agit*. Si Tertius échoue dans cette preuve, Eutyhiana aura le premier rang à l'égard de tous.

2° Si, au contraire, il a été jugé d'une manière définitive que Tertius avait la priorité sur Eutyhiana à l'égard de Turbon, Eutyhiana doit être payée la première ; mais comme elle est primée par Tertius, ce qu'elle obtiendra sera remis à Tertius, et celui-ci viendra ensuite au troisième rang pour sa propre créance ; s'il restait encore quelque chose, ce serait pour Eutyhiana.

3° point. — Effets et nature du *jus offerendi*.

Le créancier postérieur, qui a usé du *jus offerendæ*

pecunia à l'égard du premier créancier, prend de plein droit la place du créancier désintéressé; il est donc deux fois créancier hypothécaire, au rang de son ancienne créance et au premier rang pour sa nouvelle créance, ce qui, à Rome, lui fait acquérir le droit d'être mis en possession; puis surtout le *jus distrahendi*, grâce auquel il n'est plus à la merci du premier créancier; il peut vendre à un moment favorable pour ses intérêts, de manière que le prix puisse être égal à la valeur du bien hypothéqué et soit suffisant pour satisfaire sa créance primitive (1).

Le second créancier, qui a usé du *jus offerendi*, succède-t-il seulement à l'hypothèque du créancier désintéressé, ou acquiert-il en outre la créance de celui-ci? Si l'hypothèque seule est acquise, le nouveau créancier a bien l'action quasi-servienne, mais il ne jouit pas de l'action personnelle appartenant à l'ancien créancier, action qui peut lui être très-utile, par exemple si elle est garantie par des fidéjusseurs. Les jurisconsultes romains ne paraissent pas avoir sérieusement discuté la question et s'être prononcés d'une manière formelle. Les textes de notre titre semblent tous parler du rang; partout les jurisconsultes disent que celui qui a payé, *succedit in locum creditoris*; la loi 11, § 4, parle positivement de l'action hypothécaire, *videndum est an ei competat hypothecaria actio*. L'expression *succedere in locum* ne peut se prendre comme synonyme de celle-ci, succéder aux droits, actions, etc., car les jurisconsultes romains s'en servent pour désigner que le créancier, malgré la novation, conserve le même rang hypothécaire; et au cas de novation, le créancier n'a pas

(1) Gaius, loi 11, § 4, *Qui potiores*, XX, 4.

certainement pour la nouvelle créance les mêmes actions que pour l'ancienne.

Cependant, plusieurs textes me font pencher vers l'opinion contraire : la loi 3, au Code (*De his qui in priorum*, VIII, 19), dit en parlant du fisc : *Privilegio ejus successisti*; et la loi 4 : *Si prior respublica contraxit, fundusque ei obligatus, tibi secundo creditori offerenti pecuniam potestas est ut succedas etiam IN JUS REIPUBLICÆ*. On peut encore argumenter, par analogie de la loi 36, *De fidejussoribus* (D., liv. 46, tit. 1), où le jurisconsulte Paul nous dit que le créancier qui cède ses actions au fidéjusseur dont il a reçu paiement, lui vend sa créance et les actions attachées à cette créance; la loi 17 du même titre, de Julien, exprime la même idée.

4^e Point. — Imperfections du *jus offerendi*.

Le *jus offerendi*, qui est la seule ressource offerte aux créanciers hypothécaires postérieurs pour se mettre au lieu et place du premier créancier, ne remédie que d'une manière très-imparfaite à la situation critique des créanciers postérieurs; car, d'une part, ce remboursement du capital et des intérêts qu'il faut faire au premier créancier excède peut-être les moyens du créancier hypothécaire postérieur; et d'autre part, cette avance peut n'être qu'une perte nouvelle ajoutée à celle de sa créance primitive. Après qu'il aura ainsi acheté chèrement le droit du créancier qui le primait, la survenance d'un créancier hypothécaire plus ancien encore, et qu'il ne connaissait pas, peut d'un instant à l'autre le priver de son gage ou lui imposer la nécessité de nouveaux sacrifices pour le conserver. Telle est la fâcheuse conséquence qui résulte de ce qu'à Rome le système hypothécaire est complètement occulte.

Toute autre est la situation d'un créancier en droit

français; il sait toujours à quoi s'en tenir sur le rang qu'il occupe, puisque les hypothèques sont rendues publiques par l'inscription faite au bureau du conservateur. D'un autre côté, il a le droit de vendre, à quelque rang qu'il se trouve : il a cependant grand intérêt à rembourser un créancier qui lui est préférable, et cela pour éviter une vente faite dans un moment inopportun par un créancier antérieur; aussi la loi, art. 1251-1^o, subroge-t-elle légalement tout créancier (même chirographaire) qui paie un créancier qui lui est préférable à raison de ses privilèges et hypothèques, et non-seulement il acquiert l'hypothèque de ce créancier qu'il a désintéressé, mais la créance même et tous les accessoires de cette créance, tels que cautionnement, clause pénale, droit de résolution, etc.

DROIT FRANÇAIS

De l'influence que peut avoir la faillite du débiteur sur les hypothèques et les privilèges de ses créanciers.

On appelle *faillite* la cessation de paiements d'un commerçant, constatée par un jugement du tribunal de commerce. Cet état de faillite modifie profondément la capacité du débiteur : à partir du jugement même de déclaration de faillite, il est dessaisi de l'administration de ses biens, il ne peut par des actes nouveaux soit augmenter son passif, soit diminuer son actif au préjudice de ses créanciers ; il y a immobilisation complète des droits de chaque intéressé. De plus, le législateur, partant de cette idée que le commerçant, sur le point de faire faillite, a pu laisser ignorer à beaucoup de personnes sa situation critique, et diminuer le gage déjà compromis de ses créanciers par de nouvelles opérations commerciales maladroitement ou même frauduleusement dirigées, édicte des règles exorbitantes du droit commun, et qui se justifient par les exigences plus grandes du crédit commercial ; ainsi, le devoir du syndic est de passer au crible la gestion du failli, surtout depuis l'époque fixée par le tribunal comme étant celle de la ces-

sation de ses paiements, ou même depuis les dix jours précédant cette époque. Contre certains actes, il y a nullité de plein droit, et pour tous les autres en général, faculté de les faire annuler lorsque le principe de l'égalité a été enfreint sciemment par ceux avec qui le débiteur a contracté, et même dispense de toute preuve de mauvaise foi à l'égard du débiteur lui-même, qui ne peut ignorer la cessation de ses paiements. (*Non sic*, art. 1167, C. N.)

Indiquer les effets de la faillite tant à l'égard du débiteur qu'à l'égard des tiers, tel n'est pas le but que nous nous proposons; nous voulons nous restreindre dans un cercle plus étroit, et étudier les effets de la faillite en tant qu'elle affecte les sûretés réelles constituées par le failli pour garantir l'exécution de ses diverses obligations.

Passer en revue les diverses sûretés réelles et examiner à propos de chacune d'elles les règles anormales du droit commun en cas de faillite, telle est la marche que nous allons suivre, puis nous dirons quelques mots, sous forme d'appendice, des effets de l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur.

CHAPITRE PREMIER.

De l'hypothèque conventionnelle.

L'hypothèque conventionnelle est la sûreté réelle de beaucoup la plus fréquente; aussi est-ce à ce propos que nous entrerons dans les plus grands développements, et nous n'aurons alors plus tard qu'à indiquer les règles spéciales.

Nous étudierons séparément l'influence de la faillite

quant à la validité de l'hypothèque, puis quant aux effets d'une hypothèque valablement acquise.

SECTION PREMIÈRE. — VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE.

Tout créancier qui peut entrevoir les approches de la faillite et les pertes vraisemblablement inévitables qu'elle lui causera s'efforce d'obtenir du failli des sûretés particulières, propres à le garantir le plus possible contre l'insolvabilité menaçante de son débiteur. De là ces mesures de méfiance de la part du législateur, et quant à la convention même d'hypothèque et quant à son inscription.

§ 1. — Convention d'hypothèque.

Toute hypothèque consentie postérieurement au jugement déclaratif de faillite est nulle (au moins vis-à-vis de la masse des créanciers du débiteur failli), puisqu'elle a été consentie par un propriétaire qui ne pouvait plus administrer son patrimoine, et qui ne peut à *fortiori* disposer de ses biens.

En est-il de même de l'hypothèque consentie avant le jugement déclaratif de faillite? A quelle époque doit-elle être consentie pour être à l'abri de toute nullité? Sur ce point, la législation commerciale a subi les plus grandes variations. Tout d'abord, dans l'ancien droit, si nous en croyons Savary (1), il n'y avait point de temps réglé pour cela, si ce n'est en la ville de Lyon, où, par un règlement du 2 juin 1667, tout acte était nul s'il n'était fait dix jours au moins avant la faillite publiquement connue. Plus tard, la déclaration du 18 novembre 1702

(1) *Parfait négociant*, tome II, Parère XXXIX.

vint déclarer nulles, de plein droit, les hypothèques conventionnelles et judiciaires qui n'auraient pas été constituées dix jours au moins avant la faillite; et la jurisprudence, s'inspirant de l'idée de la déclaration, appliqua la même règle aux privilèges et aux hypothèques légales dont il n'était pas fait mention dans la déclaration. Cette règle absolue, puisqu'elle s'appliquait à toutes les causes de préférence, fut reproduite par le législateur du Code de 1807 dans l'ancien art. 443, ainsi que dans l'art. 2146 du Code Napoléon; mais elle produisit des inconvénients graves qui excitèrent de nombreuses réclamations. De là la réforme introduite par la loi du 28 mai 1838, qui admet une distinction des plus rationnelles. — Commençons par dire que la loi ne s'occupe que des hypothèques consenties pour garantir le remboursement d'un prêt effectué en argent : ceci résulte de l'expression même de la loi, et est d'ailleurs établi par la discussion dont l'art. 446 a été précédé.

L'hypothèque que le failli a, depuis la cessation de paiements ou les dix jours qui la précèdent, créée sur ses biens au profit d'un de ses créanciers, a-t-elle été constituée en même temps que la créance qu'elle vient de garantir, est-elle née *in continenti*? La loi décide que l'hypothèque est valablement constituée. Ici l'hypothèque est une condition indivisible du contrat; la masse ne peut se plaindre; si d'un côté elle se voit primée par cette hypothèque, d'un autre côté elle trouve augmenté d'autant l'actif de son débiteur. Il va de soi que si la créance est en elle-même annulable et est effectivement annulée, l'hypothèque tombera par voie de conséquence; mais ce qu'il faut bien retenir, c'est que, la créance née valable, l'hypothèque l'est aussi, nécessairement, si elle est constituée en même temps.

L'hypothèque consentie par le débiteur depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents a-t-elle été créée postérieurement à l'acte constitutif de la créance, *ex intervallo*, elle n'est pas valablement constituée. Il y a dans cette transformation en créancier hypothécaire d'un créancier qui s'était jusque-là, et au moment où il avait contracté avec le débiteur, contenté de la qualité de chirographaire, il y a, dis-je, un avantage quasi-gratuit, un véritable cadeau, puisque le débiteur ne reçoit rien en retour, que la masse voit son gage grevé d'un droit de préférence et n'obtient rien en compensation. Aussi la loi attache-t-elle à cet acte les conséquences qu'elle applique à tout acte suspect par lui-même :

1° Cette hypothèque est frappée d'une nullité *impérative* pour le juge; 2° cette nullité est prononcée que le créancier soit de bonne ou de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il ait connu ou non la cessation de paiements du débiteur; 3° cet acte est nul, même s'il est passé dans les dix jours précédant la cessation des paiements.

La nouvelle disposition du Code de Commerce donna lieu, en 1838, à une sérieuse discussion à la Chambre des Députés. M. Pascalis demandait le maintien de l'ancien article du Code; il pensait que les mêmes raisons existaient pour l'un comme pour l'autre cas. « Réclamer en général une hypothèque, disait-il, n'est-ce pas montrer une défiance non équivoque de la solvabilité personnelle, dénier tout crédit au négociant lui-même, n'avoir foi que dans ses immeubles, et témoigner, en un mot, que l'on croit au terme prochain de sa vie commerciale? » De cette défiance, il concluait, ainsi que M. Teste et M. Persil, qu'il y avait connaissance de la position du débiteur de la part du créancier, et conséquemment fraude.

A cette opinion de M. Pascalis, il fut répondu victorieusement par M. Quénault, rapporteur, « qu'il importe de laisser jusqu'au dernier moment au débiteur la facilité d'obtenir par l'affectation possible de ses biens le moyen de rétablir ses affaires, qu'il doit lui être permis d'engager des immeubles qu'il peut aliéner jusqu'à la déclaration de faillite; que l'obligation contractée dans le temps voisin de cette faillite étant valable, si elle a le caractère de sincérité, il est juste dès lors de maintenir aussi l'hypothèque accessoire à cette obligation et qui est donnée par le même acte; qu'autrement ce serait scinder cet acte en deux parties, dont l'une serait valable et l'autre nulle; que l'esprit de la loi nouvelle est de considérer comme faits de bonne foi, sauf preuve contraire, tous les actes onéreux et présentant à la masse des créanciers un équivalent; qu'on n'a entendu annuler que les actes présentant un caractère de fraude, soit parce qu'ils sont gratuits, soit parce qu'ils accordent à un créancier un avantage sur lequel il n'avait pas compté d'abord, avantage véritablement gratuit accordé aux dépens de la masse, qui n'en retire aucun profit (1). »

La distinction expliquée ci-dessus fut donc admise; seulement ces mots, *sera nulle toute hypothèque conventionnelle pour dettes antérieurement contractées*, ne sont pas d'une parfaite clarté et ont donné lieu à quelque discussion. Ils ont été quelquefois entendus dans un sens tout autre que celui qu'ils ont réellement, dans le sens de *contractées antérieurement à la cessation des paiements*. Or, que la dette soit antérieure ou postérieure à la cessation des paiements, c'est ici complètement indifférent; il s'agit uniquement de savoir si l'hypothèque,

(1) *Moniteur* des 30 et 31 mars 1838.

constituée après la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, l'a été par le même contrat d'où résulte la créance, ou bien si elle est venue s'ajouter à une créance préexistante (1); il y a nullité de l'hypothèque toutes les fois que cette sûreté réelle est venue garantir après coup une créance qui n'était que chirographaire.

Cette nullité n'est, du reste, prononcée que dans l'intérêt de la masse : le débiteur failli ne peut s'en prévaloir lui-même pour demander, après avoir été rétabli à la tête de ses affaires par un concordat, la nullité des hypothèques qu'il a consenties; rien n'autorise le failli à revenir contre les actes qu'il a contractés librement et en pleine connaissance de cause (2).

Nous avons établi et justifié la distinction de l'art. 446 *in fine*; mais, ce principe posé, nous devons examiner en détail trois questions controversées que les auteurs résolvent en sens divers.

1^{re} Question. — Depuis la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, le débiteur reçoit une somme d'un de ses créanciers *chirographaires* et lui consent une hypothèque pour garantir à la fois et la nouvelle dette, et même la dette primitive, antérieure à la constitution d'hypothèque : quel doit être le sort de cette hypothèque? Suivant M. Bédarride (3), il faut appliquer l'art. 446 et admettre la nullité de plein droit et pour le tout de l'hypothèque ainsi consentie : il est à

(1) Bédarride, *Traité des Faillites*, tome I, n^o 121.

(2) Demangeat sur Bravard, *Traité de D. Commercial*, V, p. 213; Aubry et Rau, II, p. 723; Paris, 3 décembre 1846; Orléans, 16 juin 1852; Aix, 7 août 1850; Douai, 17 février 1859; *Req. rej.*, 15 juillet 1857; *id.*, 17 juillet 1861. — *Secus*: Poitiers, 2 mai 1854.

(3) *Op. cit.*, tome I, n^o 123.

présumer, dit-il, que le créancier a tout simplement acheté la garantie hypothécaire en paraissant faire un prêt; ce serait un moyen de tourner l'art. 446 et de devenir créancier hypothécaire, même pour une dette antérieurement contractée. Toutefois, ce même auteur ajoute que, « si la somme nouvellement et réellement prêtée était importante, et qu'il apparût des circonstances que ce prêt n'a pas eu pour objet de contrevenir à l'art. 446, on pourrait seulement réduire l'hypothèque à concurrence du montant du prêt dont le débiteur aurait réellement profité. »

Cette solution ne paraît pas satisfaisante, et cette question peut, ce me semble, se trancher de la manière la plus simple. Qu'avons-nous en effet? Une première créance *chirographaire*, qui ne peut devenir hypothécaire postérieurement à la cessation des paiements ou les dix jours précédents; à cette créance *antérieurement contractée*, il faut appliquer purement et simplement l'art. 446, c'est-à-dire déclarer *nulle* l'hypothèque qui est venue la garantir après coup. Quant à l'hypothèque qui s'est attachée à la seconde créance dès le moment même de sa naissance, elle doit être valable même si elle est née la veille de la faillite, à moins, bien entendu, que la créance elle-même tombe sous l'application de l'art. 447 (1).

Dans une telle hypothèse, le syndic devra toutefois examiner avec un soin tout particulier le point de savoir si le second prêt a bien été effectif et si le versement indiqué a réellement eu lieu, si, en un mot, la seconde créance est valide. Il serait possible, en effet, que, par une combinaison frauduleuse, le créancier et le débi-

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 210, à la note.

teur se soient efforcés de compenser la perte subie sur la première créance restée chirographaire par la création, sans équivalent fourni, d'une seconde créance constituée hypothécaire, mais qui, en réalité, serait mensongère.

2^o Question. — L'hypothèque acquise depuis les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements est valable si elle est acquise pour une créance actuellement existante. En est-il de même de l'hypothèque acquise pour une créance à venir? Cela ne saurait être douteux; si la loi n'a vu aucune fraude possible dans l'acquisition d'une hypothèque pour une créance actuellement existante, à plus forte raison la fraude est-elle impossible pour une créance à venir. Mais de quelle époque datera cette hypothèque destinée à garantir une créance à venir; et sera-t-elle valable au cas de faillite du débiteur qui l'a consentie? Tels sont les deux problèmes qu'il s'agit de résoudre à propos de l'ouverture de crédit que nous prenons pour exemple. Beaucoup d'auteurs confondent, et à tort, deux questions; nous allons les poser aussi nettement que possible l'une et l'autre, pour nous attacher surtout à la seconde.

1^{er} Problème. — Quel est le rang de l'hypothèque garantissant une ouverture de crédit? Comme nous avons déjà longuement discuté cette question (1), nous allons simplement rappeler les solutions. Suivant un premier système, l'hypothèque a une date unique, le jour où elle a été inscrite; suivant nous, elle a un rang échelonné, et ne prend date qu'au fur et à mesure des versements effectués en exécution de l'ouverture de

(1) Thèse de d. romain, p. 8.

crédit. A chaque versement, il naît immédiatement une hypothèque destinée à en assurer la restitution.

2^o Problème. — Les versements effectués en vertu de l'ouverture de crédit l'ont été depuis la cessation des paiements du débiteur failli ou dans les dix jours précédents; l'hypothèque est-elle née valable? Il s'agit de savoir si elle doit être considérée comme se rattachant à une dette antérieurement contractée, alors elle est nulle; ou comme née en même temps que la créance qu'elle garantit, alors elle est valable. Pour les partisans du premier système ci-dessus indiqué, les versements effectués dans la période suspecte ne sont que l'exécution d'un contrat de prêt remontant au jour même de l'ouverture de crédit, de beaucoup antérieure à la cessation des paiements, nous le supposons du moins; l'hypothèque elle-même est censée exister dès le moment même où elle a été inscrite, c'est-à-dire à une époque où il ne pouvait y avoir aucune crainte de la faillite, et, par suite, elle est évidemment valable. Ainsi, d'après ce premier système, pas de difficulté possible. — Mais pour nous qui adoptons l'avis contraire, l'hypothèque sera-t-elle nulle, au moins quant aux versements postérieurs aux dix jours qui précèdent la cessation de paiements? Pas le moins du monde : nous appliquons à la lettre la disposition de l'art. 416. En effet, avons-nous dit, au moment de l'ouverture de crédit, le banquier créancier n'est pas créancier; il est au contraire débiteur du négociant vis-à-vis de qui il s'est engagé à tenir une somme à sa disposition. Quand devient-il créancier? Au moment du prêt, c'est-à-dire à chaque versement qu'il effectue; il y a donc autant de contrats de prêts que de versements effectués, et autant d'hypothèques que de prêts. D'où il suit que l'hypo-

thèque nait valable même quand elle garantit les versements qui ont eu lieu depuis les dix jours antérieurs à la cessation des paiements, puisqu'elle est née au moment même du prêt; il ne faut pas appliquer la rigueur de l'art. 446, puisqu'il n'y a pas transformation d'un créancier chirographaire en un créancier hypothécaire. Le banquier qui opère ses versements devient créancier, et immédiatement même créancier hypothécaire; par suite, son hypothèque est valable, ou plutôt elle suit le sort de la créance. Sans doute, si la créance pouvait, en fait, tomber sous l'application de l'art. 447, l'hypothèque, qui n'en est que l'accessoire, tomberait aussi; mais cette hypothèque ne sera pas nulle en tant qu'hypothèque, indépendamment de la créance, en vertu de l'art. 446. — Que l'on prenne parti pour l'un ou pour l'autre système sur le premier problème, on arrive donc, suivant nous, au même résultat quant à la question qui nous occupe, avec cette différence seule que les motifs invoqués pour valider l'hypothèque ne sont pas les mêmes.

3^e Question. — Faut-il tenir pour nulle l'hypothèque créée postérieurement à la naissance de la créance, si la créance était déjà échue lors de la constitution de l'hypothèque?

La nouvelle loi valide les paiements des dettes échues. Dès lors, n'y aurait-il pas une véritable contradiction du législateur à annuler de plein droit les constitutions d'hypothèque pour sûreté de ces mêmes dettes que le débiteur peut payer très-valablement? Payer, dit-on avec vérité, c'est plus que donner une simple sûreté pour garantie du paiement; on validerait donc le plus et on annulerait le moins. A cette observation, on peut encore ajouter ceci que, quand la dette est échue, la constitu-

tion d'hypothèque n'a pas plus que le paiement le caractère d'un acte à titre gratuit; Le créancier, s'il obtient, il est vrai, une concession qui le place dans une position meilleure que celle des autres créanciers, fait aussi de son côté certains sacrifices, il donne du temps au débiteur, il renonce à faire des poursuites qu'il pourrait commencer immédiatement; il y a donc là un contrat à titre onéreux; il sert indirectement les intérêts de la masse elle-même. Pourquoi annuler de plein droit cette constitution d'hypothèque? Pourquoi ne pas la maintenir, surtout si le créancier est de bonne foi, c'est-à-dire n'a pas connu la cessation des paiements?

Cette distinction que le législateur eût pu faire, il ne l'a pas faite, comme on peut s'en convaincre à la seule lecture de l'art. 446 qui annule de plein droit les hypothèques, par cela seul qu'elles ont été constituées depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents pour venir se rattacher à une créance préexistante. Comment expliquer cette solution, qui ne paraît pas en harmonie avec ce que la loi admet pour les paiements?

« Tout ce qu'on peut dire pour justifier cette disposition de la loi, dit M. Bravard (1), c'est que rien n'autorise à suspecter la bonne foi d'un créancier qui reçoit son paiement, tandis que celui qui, après la cessation des paiements, se fait constituer une sûreté, ne peut guère ignorer que le débiteur ne paie pas, car le fait même le prouve. On peut donc considérer ce créancier comme étant de mauvaise foi. » Mais, ajoute le même auteur, « si cette raison est suffisante pour justifier la disposition de la loi quand l'hypothèque a été constituée depuis la cessation de paiements, elle ne saurait cepen-

(1) Demangeat sur Bravard, *Op. cit.*; V, p. 255.

nant la justifier complètement et pour tous les cas, car la nullité de plein droit prononcée par l'art. 446 s'applique même au cas où l'hypothèque aurait été constituée avant la cessation des paiements, dans les dix jours précédents et pour sûreté d'une dette échue. Or, dans ce cas, on ne peut dire que le créancier connaissait la cessation de paiement, puisqu'elle n'existait pas encore, puisque, s'il avait exigé son paiement, il l'aurait reçu. — S'il s'est contenté d'une sûreté, c'est plutôt une preuve qu'il ignorait le mauvais état des affaires du débiteur. Dès qu'il pouvait recevoir le paiement et que le débiteur était encore en état de le faire, il faudrait, pour qu'on pût justement annuler de plein droit la constitution d'hypothèque, qu'elle fût intervenue à titre gratuit; or, quand il s'agit de dettes échues, on ne peut voir là un acte gratuit, et à ce point de vue la nouvelle loi laisse à désirer. »

Malgré toutes ces critiques, la nullité de l'hypothèque me paraît assez plausible et peut, ce me semble, se justifier par plusieurs considérations. — Le législateur n'a pas eu surtout l'intention de frapper celui qui, pouvant obtenir paiement, s'est modestement contenté d'une hypothèque comme sûreté de son ancienne créance, mais bien celui qui, sachant parfaitement son débiteur insolvable, et sûr d'ailleurs qu'il n'obtiendra qu'un assez faible dividende, eût essayé d'améliorer sa situation en transformant sa créance chirographaire en créance hypothécaire, et eût ainsi porté préjudice à la masse des autres créanciers. Voilà, en effet, un créancier qui n'est pas payé; s'il exige paiement, le débiteur sera peut-être contraint de déposer son bilan. Que fait alors ce créancier? Il exige une hypothèque; il a donc peur de l'avenir et du présent; le plus clair est qu'à la place d'un paiement

qu'il n'obtient pas en fait et n'obtiendrait sans doute pas intégralement, qu'à la place dès lors d'un dividende comme créancier chirographaire, il obtient une hypothèque, c'est-à-dire cause de préférence; le débiteur lui fait donc un véritable cadeau, et au préjudice de la masse. — On peut encore dire que, d'après les conditions du crédit commercial, il n'est pas normal de voir un créancier exiger des sûretés matérielles. Dans le commerce, les créanciers suivent le plus souvent la foi de leur débiteur.

Quant aux hypothèques consenties par un tiers sur ses propres biens au profit d'un créancier du failli, il n'y a aucune raison de les annuler, elles n'empirent en rien la condition des créanciers du failli; loin de là, le créancier ayant reçu hypothèque d'un tiers poursuivra pour une plus faible somme le débiteur plus tard tombé en faillite. Donc ici la création de l'hypothèque sert le débiteur, et par suite la masse; il y a là un répit probable.

§ 2. — *Inscription de l'hypothèque.*

L'hypothèque conventionnelle valablement constituée ne produit aucun effet pratique si à la convention ne se joint pas l'inscription qui lui donne vie au regard des tiers. Il nous faut donc examiner maintenant si la faillite du débiteur apporte des modifications aux droits du créancier hypothécaire quant à l'inscription.

I. — Après le jugement déclaratif de faillite, l'hypothèque ne peut plus être inscrite, car le failli est dès lors dessaisi de l'administration de ses biens, art. 443, C. C.; et l'effet de ce dessaisissement est précisément de placer ses biens sous les mains de la justice, pour qu'ils soient réalisés dans l'intérêt commun de tous ses créan-

ciers. S'il y a inscription prise, il y a *nullité impérative*, au moins vis-à-vis des tiers, c'est-à-dire vis-à-vis des créanciers de la masse; à partir du jugement, la situation des diverses parties intéressées est immobilisée; l'art. 448, qui donne cette solution, applique un principe général de la loi commerciale en matière de faillite.

II. — L'hypothèque valablement acquise, qui ne peut plus être inscrite après le jugement déclaratif de faillite, peut-elle au moins être inscrite soit depuis la cessation des paiements du propriétaire de l'immeuble grevé d'hypothèque, soit dans les dix jours précédents? Sur ce point, la législation a varié.

D'après l'art. 2146 du Code Nap., était frappée d'une nullité impérative toute inscription prise depuis les dix jours précédant la cessation des paiements. Ce système absolu présentait ses avantages et ses inconvénients. — Il avait l'avantage, nous dit M. Bravard (1), de rendre impossible toute collusion entre le débiteur et certains créanciers auxquels il aurait constitué hypothèque, à la condition de ne l'inscrire qu'au dernier moment : le débiteur pourrait ainsi, en présentant comme libres des immeubles hypothéqués, conserver un crédit qu'il ne mériterait pas; il pourrait tromper les tiers en leur offrant des garanties apparentes qui, au dernier moment, disparaîtraient. — La nullité prononcée contre les inscriptions prises dans les dix jours, ou depuis, rendait impossible cette fraude. Mais, d'un autre côté, l'art. 2146, et c'était là un grave inconvénient, ajoute le même auteur, sacrifiait l'intérêt des créanciers hypothécaires à celui des tiers; car le créancier, quelle que fût sa bonne foi,

(1) Demangeat sur Bravard, *Op. cit.*, V, p. 282.

quelque diligence qu'il fit, pouvait se trouver dans l'impossibilité de profiter d'une hypothèque valable, parce qu'il n'avait pu la faire inscrire que dans les dix jours précédant la cessation des paiements. Il y avait là une injustice commise à son égard et une sorte d'inconséquence; en même temps qu'on reconnaissait la validité de son hypothèque, on lui en retirait tout le bénéfice pour n'avoir pas rempli une simple formalité, alors même qu'il n'avait pas demandé de lui de la remplir plus tôt.

Aussi le § 1^{er} de l'art. 443 de la nouvelle loi de 1838 est-il venu abroger la disposition trop absolue de l'article 2146; et cette abrogation est fondée, a-t-il été dit à la Chambre même des Députés (1), sur ce que, « antérieurement à la faillite, l'incapacité légale du débiteur n'est point devenue notoire, et que l'inscription, complément nécessaire d'un droit qui a été acquis valablement, doit pouvoir être prise sur des biens dont le dessaisissement n'est point déclaré. »

D'après le nouvel art. 448 C. C., toute hypothèque valablement acquise peut être inscrite après la cessation de paiements; elle peut l'être jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite. L'inscription serait cependant tardive si elle n'avait été prise que le jour même de la déclaration de faillite; c'est ce qui résulte nettement des termes du premier alinéa de l'art. 448 du Code de Commerce, *jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite*, rapprochés du premier alinéa de l'art. 443 du même Code (2).

(1) *Moniteur* du 14 février 1838.

(2) Aubry et Rau, II, p. 777; Demangeat sur Bravard, *Op. cit.*, V, p. 284, à la note; Amiens, 26 décembre 1855.

Le législateur de 1838 devait se garder de tomber dans un excès contraire à celui du Code de 1808, en un mot, il devait ne pas trop sacrifier l'intérêt de la masse à l'intérêt des créanciers hypothécaires. Aussi lisons-nous dans le second alinéa de l'art. 448 : Les inscriptions prises même avant le jugement déclaratif de faillite, mais depuis l'époque fixée par le Tribunal de Commerce, comme étant celle de la cessation de paiements ou dans les dix jours qui ont précédé cette époque, *peuvent* être déclarées nulles s'il s'est écoulé plus de *quinze jours* (et l'augmentation du délai à raison des distances) entre la date de l'acte constitutif d'hypothèque et celle de l'inscription.

De ce que cette inscription est tardive, la loi pense que ce peut être un piège ou tout au moins une cause d'erreur pour les tiers qui, ne voyant pas d'hypothèque inscrite, auraient confiance dans le débiteur et contracteraient de nouveaux emprunts sans exiger des garanties hypothécaires; et même un piège ou tout au moins une cause d'erreur pour les créanciers antérieurs à celui qui a obtenu l'hypothèque, puisque, ne voyant pas d'hypothèque inscrite sur l'immeuble de leur débiteur, ils auraient pleine confiance dans sa solvabilité et ne chercheraient pas à procéder à une saisie sur ses biens; s'ils avaient exigé leur paiement plus tôt, peut-être eussent-ils été payés intégralement, tandis que maintenant, grâce à cette hypothèque, ils n'obtiendront qu'un dividende; de là préjudice à leur égard.

En faisant usage du pouvoir d'appréciation qui leur est accordé dans cette hypothèse, les tribunaux doivent principalement prendre en considération l'intervalle plus ou moins long qui s'est écoulé entre la constitution de

l'hypothèque et son inscription. C'est à eux de voir si l'inscription a été retardée par des accidents prévus ou imprévus, ou si elle l'a été frauduleusement, et si le retard a ou non préjudicié à la masse. Ils peuvent donc, malgré la bonne foi du créancier, annuler l'inscription, s'ils reconnaissent que le retard qu'il a mis à s'inscrire a été *de nature* à induire les tiers en erreur sur la situation du débiteur (1). Il ne faut pas admettre, avec la Cour de Rouen (8 mai 1851), que les juges ne peuvent prononcer la nullité qu'autant que le créancier a, par son retard, causé un préjudice à la masse, en ménageant au débiteur un crédit apparent qui a pu tromper les tiers sur sa véritable situation.

La nullité prononcée par l'art. 448 contre l'inscription tardive est une nullité d'un genre tout spécial; d'une part, elle rentre dans le système général de l'art. 447, car elle n'est pas une nullité *impérative*, elle dépend au contraire de l'appréciation *facultative* des juges; d'autre part, elle rentre dans le système général de l'art. 446, puisque : — 1° — elle n'est point subordonnée à la preuve de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier hypothécaire (*non sic*, 447); — 2° — puisqu'elle est prononcée même si l'inscription a été prise *après le dixième jour* précédant la cessation des paiements. — Que la nullité de l'art. 448 soit facultative pour le juge, on se l'explique aisément; s'il y a faute d'un créancier hypothécaire à laisser écouler plus de quinze jours

(1) Pont, *Des priv. et hyp.*, n° 888; Demangeat sur Bravard, V, p. 286, à la note; Bourges, 9 août 1848; Req. rej., 17 avril 1849; Cass., 20 janvier 1857; Rouen, 16 mai 1857; Colmar, 15 janvier 1862; Req. rej., 2 mars 1863.

entre l'acte constitutif d'hypothèque et l'inscription, c'est une faute assez excusable le plus souvent, et qui n'approche pas de la gravité des actes prévus par l'art. 446.

Il va sans dire que la faillite ne forme aucun obstacle aux inscriptions à requérir sur des immeubles dont le failli est tiers détenteur; car, dans cette espèce, celui qui requiert l'inscription n'est point un créancier du failli voulant s'assurer un droit de préférence au préjudice de la masse, mais un créancier du vendeur d'immeubles acquis par le failli, qui entend rendre efficace son droit de suite à l'égard de ce dernier.

On peut en dire autant des inscriptions à prendre, pour des dettes personnelles au failli, sur des immeubles qui ont passé dans les mains de tiers acquéreurs. Les immeubles ayant cessé d'appartenir au failli, les intérêts des créanciers de la masse ne sont nullement en jeu (1).

L'art. 448 s'applique-t-il au renouvellement de l'inscription? — Il faut admettre sans conteste que le renouvellement d'une inscription hypothécaire ne peut être annulé comme ayant été fait depuis que le propriétaire de l'immeuble a cessé ses paiements, ou dans les dix jours précédents. Le créancier qui renouvelle son inscription, conformément à l'art. 2154, n'a évidemment aucune négligence à se reprocher, quel que soit le temps écoulé depuis la date de l'acte constitutif. Il faut aller plus loin, et décider que le renouvellement peut avoir lieu même après le jugement qui déclare la faillite du propriétaire de l'immeuble : l'art. 448 est fait pour la prise d'inscription et non pour le renouvelle-

(1) Pont, nos 907 et 908; Troplong, III, 655 *ter*; Persil, sur l'article 2146, nos 11 et 15.

ment (1). Du reste, les motifs de la loi ne s'appliquent pas au cas de renouvellement : l'inscription est impossible à partir du jugement déclaratif, parce que ce jugement a fixé les droits respectifs des créanciers, et que l'un d'eux ne peut plus améliorer sa position au détriment de celle des autres; le renouvellement, au contraire, ne fait que confirmer une position déjà ancienne et ne peut être l'occasion d'aucun piège pour les créanciers.

Il ne faut pas, d'un autre côté, admettre qu'après le jugement déclaratif de faillite le créancier hypothécaire soit dispensé de renouveler; il a grand intérêt, au contraire, à le faire, attendu que s'il laissait passer les dix ans sans renouveler, il perdrait le bénéfice de son inscription primitive, et il ne pourrait plus en prendre utilement une nouvelle, puisqu'il serait alors sous l'application de l'art. 448. Il n'y a, en effet, aucune disposition du Code Napoléon ou du Code de Commerce dont on puisse argumenter pour dispenser les créanciers d'une faillite de renouveler leurs inscriptions. Il est vrai que les droits des créanciers sont fixés par la déclaration de faillite, mais en ce sens seulement qu'ils ne peuvent pas améliorer leur position. Il est impossible d'en conclure que leurs droits ne peuvent être atteints par des déchéances telles que la péremption ou la prescription décennale (2). — L'inscription prise au nom de la masse, conformément à l'art. 490 (Code Comm.),

(1) Mourlon, *Traité de la transcription*, n° 658, p. 353; Pardessus, *D. commercial*, III, p. 327; Aubry et Rau, II, 822; Demangeat sur Bravard, *op. cit.*, V, p. 288, à la note.

(2) Troplong, *Des Priv. et Hypoth.*, tome III, n° 660 bis; Rouen, 30 mai 1825; Paris, 19 août 1841. — *Secus* : Pardessus, III, n° 1123; Paris, 7 décembre 1831.

ne vaut pas renouvellement dans leur intérêt; cette inscription ne regarde que les créanciers chirographaires; les syndics ne sont chargés que des intérêts de la masse, et pas de ceux des créanciers hypothécaires (1).

SECTION II. — EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE.

Toute hypothèque valablement acquise et inscrite confère au créancier trois droits : 1° droit d'expropriation; 2° droit de préférence; 3° droit de suite. Chacun de ces trois droits est-il affecté par l'état de faillite du débiteur? Telle est la question que nous allons examiner,

§ 1^{er}. — *Droit d'expropriation.*

Un principe fondamental en matière de faillite, c'est que les créanciers ne peuvent exercer des poursuites individuelles qui consumeraient en frais une grande partie de l'actif; le droit de réaliser l'actif est remis aux soins des syndics. Ainsi, la faillite du débiteur amoindrit le droit d'expropriation aux mains de ses créanciers. Toutefois, ce principe reçoit échec en faveur des créanciers hypothécaires. L'art. 571 C. Com. s'exprime ainsi : « A partir du jugement qui déclare la faillite, les créanciers ne pourront poursuivre l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'auront pas d'hypothèques. » Cet article reconnaît donc aux créanciers hypothécaires un droit qu'il refuse aux créanciers chirographaires; et cette différence est des plus faciles à expliquer. En effet, les créanciers chirographaires ont suivi la foi du débiteur,

(1) Dijon, 26 février 1819; Caen, 19 février 1825; Rouen, 30 mai 1825.

ils ont prêté à la personne, ils ont couru la chance de sa bonne ou de sa mauvaise fortune, ils forment la masse, et c'est pour eux que la procédure de faillite est organisée et fonctionne; ils prendront par contribution le produit de la liquidation des biens. Les créanciers hypothécaires, au contraire (ajoutons privilégiés et nantis), n'ont contracté qu'en vue des garanties particulières qu'on leur donnait; ils ont plutôt prêté à la chose qu'à la personne. Aussi le jugement déclaratif de faillite ne suspend-il pas leurs droits de poursuite sur les biens qui leur sont spécialement affectés, et dont ils prendront par préférence le prix. Art. 443.

Bien qu'en principe les créanciers hypothécaires gardent intacts leur droit de poursuite, leurs voies d'exécution, ils peuvent cependant voir modifier ce droit par suite de la déclaration de faillite du débiteur. Ce droit d'expropriation ne subsiste pas, en effet, dans toute son étendue jusqu'à la fin de la faillite. Si les créanciers se mettent en état d'union, autrement dit s'ils n'ont pas accordé le concordat au failli, à partir de ce moment les créanciers hypothécaires peuvent bien *continuer* les poursuites déjà commencées, mais *non en commencer de nouvelles*; s'ils ne peuvent poursuivre eux-mêmes, ils n'en souffriront pas le moins du monde dans leurs intérêts; le syndic procédera à la liquidation, vendra les immeubles avec autorisation du juge-commissaire, et le prix de vente sera immédiatement attribué par préférence aux créanciers hypothécaires.

De ce que les créanciers hypothécaires ont le droit de faire des actes d'exécution malgré le jugement de faillite, faut-il admettre qu'ils peuvent y procéder immédiatement sans attendre que le terme de leur créance soit arrivé; autrement dit, la faillite du débiteur a-t-elle pour

effet de rendre exigibles les dettes non encore échues, alors qu'elles sont garanties par des hypothèques? Les opinions sont partagées sur ce point.

Suivant un premier système (1), le créancier hypothécaire, par argument de l'art. 444 C. C., peut immédiatement poursuivre l'expropriation de l'immeuble à lui affecté. En effet, disent les partisans de ce système, l'art. 444 du Code de Commerce ne fait que rappeler la disposition de l'art. 1188 du C. N., d'après lequel le débiteur failli est déchu du bénéfice du terme. Cet article est absolu dans ses termes et n'exclue pas du tout les créances hypothécaires non échues au jour du jugement déclaratif de faillite; d'ailleurs, les motifs qui ont inspiré cet article au point de vue des créances chirographaires, sont applicables aux créances garanties par une hypothèque. Il est, dit-on, d'utilité générale que l'hypothèque soit réalisée de suite pour qu'on sache si elle laissera quelque chose afférent à la masse chirographaire, et le créancier hypothécaire a le plus grand intérêt à faire vendre les immeubles affectés, puisqu'il se trouve en face d'un débiteur dessaisi de l'administration de ses biens, qui restent souvent improductifs.

Nous ne saurions admettre ce système. Si le créancier hypothécaire veut s'attaquer à son gage spécial, agir en tant que créancier hypothécaire, il ne peut invoquer 444; et pourquoi? C'est qu'il est en dehors de la faillite, il a une situation à part, et la meilleure preuve c'est qu'il peut faire des poursuites en expropriation après le jugement déclaratif. Étant en dehors de la faillite, son droit est régi par les principes du droit commun; il doit donc

(1) Pardessus, III, p. 317; Bordeaux, 4 juin 1832; Angers, 15 mai 1861, infirmant un jugement de La Flèche.

attendre que sa créance soit arrivée à terme pour pouvoir argumenter de son hypothèque, car c'est la condition exigée par le droit commun (1). Comme le dit très-bien l'arrêt de la Cour de Paris du 12 décembre 1861, l'exigibilité résultant de la faillite ne produit pas même les effets de l'échéance ordinaire, elle a pour objet non de donner au créancier à terme le moyen d'exercer individuellement une action contre le failli ou son syndic, afin de se faire attribuer, à l'exclusion des autres créanciers et par préférence, la partie de l'actif nécessaire au paiement intégral de sa créance, mais uniquement de l'appeler à concourir aux opérations de la faillite, comme si sa créance était échue. En vertu des art. 1188 C. N. et 444 C. Comm., le créancier hypothécaire ne peut user de l'exigibilité qui prend sa source dans la faillite, qu'en acceptant la loi commune à tous les créanciers ordinaires, c'est-à-dire en subissant le sort et les réductions que subissent les autres créances (2). Que le créancier hypothécaire renonce à son hypothèque, et alors sa créance sera exigible. — La faillite n'autorise donc pas le créancier hypothécaire à terme à exproprier immédiatement le débiteur failli.

§ 2. — *Droit de préférence.*

Tout créancier hypothécaire a droit de se faire payer, par préférence aux créanciers chirographaires, sur le bien à lui affecté. A-t-il droit de préférence, non-seulement

(1) Cour de Paris, 12 décembre 1861; Demangeat sur Bravard, V, p. 158.

(2) Bédarride, tome III, n° 1083; Dalloz, *Jurisp. Générale*, voir faillite, n° 246.

pour le capital, mais encore pour tous les intérêts de sa créance, même au cas de faillite de son débiteur? Oui, puisque l'art. 445 du C. Com., d'après lequel le jugement déclaratif *arrête* (à l'égard de la masse seulement) le cours des intérêts de toute créance, ne s'applique pas aux créanciers hypothécaires, qui restent ainsi sous l'empire du droit commun et conservent le droit de réclamer les intérêts de leurs créances, même pour le temps postérieur au jugement déclaratif de faillite.

Pour avoir droit à ces intérêts, qu'ils ne peuvent du reste se faire payer que sur les sommes provenant des objets grevés de leur droit d'hypothèque, ils doivent les avoir conservés par une inscription, conformément aux art. 2148-4° et 2151 du Code Napoléon, puisque la loi commerciale ne les en dispense pas. D'après l'art. 2151, le créancier inscrit pour un capital produisant intérêts 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 intérêts autres que ceux conservés par la première inscription.

Il nait à ce propos une difficulté des plus graves; nos art. 445 et 2151 paraissent impossibles à concilier avec l'art. 448 du Code de Commerce. Prenons un exemple et des dates qui nous faciliteront la discussion de cette question.

Un créancier hypothécaire prend inscription le 1^{er} janvier 1861 pour une créance qui porte intérêts; cette inscription du capital vaut inscription, d'après l'art. 2151 C. N., pour les intérêts des années 1861, 1862, 1863. Pour avoir droit aux intérêts qui viendront à échéance à partir du 1^{er} janvier 1864, il faut, d'après le même

art. 2151, une nouvelle inscription qui doit être prise au plus tard le 31 décembre 1863. — Or, le débiteur vient à tomber en faillite en janvier 1863 : la faillite, art. 445 C. C., suspend de plein droit, à l'égard de la masse, le cours des intérêts de toute créance existant contre le failli; mais, art. 445, les créanciers hypothécaires du failli sont en dehors de la faillite, de sorte qu'à leur profit les intérêts continuent à courir. Notre créancier hypothécaire a donc droit, malgré la faillite, aux intérêts qui courent toute l'année 1863. Les opérations de la faillite sont longues et difficiles; bref, la liquidation n'est pas terminée le 31 décembre 1863; le créancier hypothécaire a-t-il droit, malgré la faillite, aux intérêts des années subséquentes, 1864, 5, 6, etc.? Certainement oui, si l'on s'en tient à l'art. 445; les intérêts continuent de courir au profit du créancier hypothécaire; mais, 2151 C. N., au-delà de trois années, il faut une inscription spéciale pour avoir droit aux intérêts de sa créance. Cette inscription est-elle possible? Non; article 448, à partir du jugement déclaratif de faillite, plus d'inscription possible. Voici en quelque sorte le langage tenu par la loi au créancier hypothécaire : la faillite ne t'atteint pas, tu *as droit*, malgré la faillite de ton débiteur, aux intérêts de ta créance, à une condition, toutefois, c'est que tu prennes inscription pour tout ce qui excèdera deux années et l'année courante; mais je te défends, de par l'art. 448, de prendre inscription. — Comment sortir de cette impasse? — Malheureusement, nous nous trouvons en face de plusieurs solutions, de plusieurs systèmes, et la jurisprudence elle-même, qui n'a pas été, il est vrai, souvent appelée à statuer sur la question, n'est pas encore fixée. Nous indiquerons ces diverses solutions et nous prendrons parti.

1^{re} Solution (1). — Les intérêts des années 1864, 65, 66, courent au profit du créancier hypothécaire, puisque l'art. 445 déclare positivement que la faillite ne suspend pas le cours des intérêts à l'encontre du créancier hypothécaire; mais ces intérêts ne courent que *chirographairement*, puisque, d'un autre côté, ils doivent avoir été inscrits spécialement (art. 2151) pour être hypothécaires, et que l'inscription est expressément défendue, par l'art. 448, à partir du jugement déclaratif.— Cette solution ne me semble pas devoir être admise; loin d'appliquer 445, elle le viole dans son texte et dans son esprit. Dans son esprit : que veut, en effet, cet article? Que les créanciers hypothécaires ne souffrent pas de la faillite, que les intérêts continuent à courir comme par le passé, c'est-à-dire hypothécaires; ce système transforme leur créance hypothécaire en créance chirographaire quant aux intérêts futurs. Dans son texte même : car si l'on décide que ce créancier n'est que chirographaire pour les intérêts des années 1864, 65, 66, il faut aller jusqu'à dire qu'il ne sera même pas créancier chirographaire, puisque (art. 445) les intérêts chirographaires, de plein droit, cessent de courir dès le jugement déclaratif de faillite.

2^o Solution. — Les intérêts continuent à courir, même hypothécairement, pour les années 1864, 65, 66. Maintenant, sur le point secondaire de savoir si le créancier, pour obtenir ce résultat, a besoin d'inscrire, deux systèmes sont possibles.

Suivant un premier, le créancier hypothécaire, par cela seul qu'il a pris inscription le 1^{er} janvier 1861, a sauvegardé son droit pour les intérêts de l'année cou-

(1) Caen, 10 août 1847.

rante et de deux années; maintenant la faillite est déclarée en 1863 : il a donc encore droit à ses intérêts. On ne peut lui imputer à faute que la liquidation de la faillite ne soit pas terminée le 31 décembre 1863.

Ce premier moyen d'expliquer la seconde solution doit être écarté, et il l'a déjà été par la Cour de Cassation (1). Il est vrai qu'il n'y a pas faute du créancier; il n'est pas moins vrai, d'un autre côté, que l'inscription du capital ne peut pas valoir pour plus de trois années d'intérêts (art. 2151), et qu'une inscription spéciale est nécessaire pour les intérêts des autres années. La faillite, pas plus que la saisie de l'immeuble hypothéqué, ne peut dispenser le créancier de cette inscription.

Dans un second système, on soutient au contraire que le créancier a droit à ses intérêts hypothécaires, mais à la condition de les avoir inscrits, et qu'il peut prendre inscription malgré le jugement déclaratif de faillite. C'est que vis-à-vis de lui la faillite n'existe pas; l'art. 448 ne peut pas être invoqué contre lui. Cet article, dit-on, concerne exclusivement les inscriptions originaires à prendre pour sûreté du capital, et ne s'applique pas aux inscriptions secondaires destinées seulement à la conservation des intérêts des créances précédemment inscrites, qui n'en sont que l'accessoire et la conséquence. — Ce que l'art. 448 veut empêcher, c'est qu'une créance soit opposée comme hypothécaire aux créanciers de la faillite dans le cas où l'inscription, qui devait lui assurer ce caractère, n'aurait pas été prise avant le jugement déclaratif de faillite; de là s'ensuit que cet article ne prohibe ni les renouvellements, ni l'inscription des intérêts d'une créance déjà inscrite. — D'ailleurs, ajoute-t-on, l'in-

(1) Cassation, 24 février 1852.

scription requise en temps utile pour la sûreté du capital devrait en principe garantir tous les intérêts à échoir, comme le capital même, et si l'art. 2151 a restreint, quant aux intérêts, l'effet naturel de cette inscription, il ne l'a cependant fait qu'en laissant au créancier la faculté de conserver, par des inscriptions particulières, les intérêts non garantis de plein droit; or, disent MM. Aubry et Rau, il ne saurait être permis de séparer cette faculté de la restriction dont elle forme le correctif; et en privant le créancier de l'exercice de ce droit en raison de la faillite du débiteur, on ajouterait en réalité à la rigueur de la loi (1).

Ce second système, bien que de beaucoup préférable au premier, doit être rejeté :

1° En fait : admettons que cette inscription puisse être prise, elle serait le plus souvent inutile, puisqu'elle se trouverait primée par l'inscription de l'hypothèque prise au nom de la masse et datant du jugement même de déclaration de faillite.

2° En droit : ce second système viole l'art. 448, qui s'oppose à ce qu'une inscription soit prise après le jugement déclaratif de faillite, et s'y oppose aussi bien quand l'inscription s'applique à une annuité d'intérêts que quand elle s'applique au capital. Ce n'est pas ici un renouvellement, mais bien une créance nouvelle d'intérêts, et la preuve en est que, art. 2151, cette inscription des intérêts date du jour où elle a eu lieu, et non pas du jour où la créance principale a été inscrite. Puis, s'il est vrai de dire que la faillite n'existe pas à l'encontre des créanciers hypothécaires quant à leurs intérêts, cela n'est vrai

(1) Aubry et Rau, II, p. 860, à la note; Pont, n^{os} 889, 925 et 1024; Aix, 22 juin 1847; Cassation, 20 février 1850.

que des créanciers hypothécaires ayant pris inscription; or, telle n'est pas la situation de notre créancier, qui n'a pas inscrit.

3^e Solution (1). — Elle a l'avantage de ne violer aucun des trois textes de loi. — Les intérêts continuent à courir au profit du créancier hypothécaire même après le jugement déclaratif de faillite, mais seulement s'il y a eu inscription prise. Ainsi, dans l'espèce, il aura droit *hypothécairement* à ses intérêts depuis janvier 1863 jusqu'à la fin de 1863, et cela malgré la faillite. Pour les intérêts des années 1864, 5, 6, etc., il devrait prendre inscription, 2151; il ne le peut pas, 448; il n'a donc pas hypothèque pour les intérêts de ces années là, et il ne pourra même pas les réclamer chirographairement, puisque, 445, tout intérêt chirographaire est suspendu vis-à-vis de la masse. Cette solution ne viole pas 448, qui prohibe toute inscription, et elle ne se heurte pas non plus à 445. Ce dernier article s'appliquera, en effet, sans difficulté si l'inscription originale a été prise peu de temps avant le jugement déclaratif, ou si, l'inscription originale ayant été prise depuis longtemps, les intérêts échus ont toujours été payés jusqu'au jugement déclaratif, en supposant toutefois que les opérations de la faillite ne durent pas plus de trois ans.

Si les opérations de la faillite traînent en longueur, le créancier hypothécaire n'a-t-il donc aucune ressource? Si sa créance est venue à échéance, c'est à lui, puisque la loi le lui permet, de faire saisir le bien à lui hypothéqué et de le vendre bien vite avant le 31 décembre 1863, de manière à être payé de capital et intérêts. Maintenant,

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 293. — Jugement de Marseille du 17 mai 1847, infirmé, il est vrai, par Aix.

si la dette n'est pas encore exigible, du moment que des intérêts échus soit avant, soit après le jugement déclaratif, ne lui sont pas payés, il peut, aux termes de l'art. 1184 C. N., poursuivre la résolution du contrat, c'est-à-dire faire prononcer la déchéance du terme qu'il avait consenti, et immédiatement après il saisira l'immeuble. Il peut encore dire qu'il y a déchéance du terme, puisque les garanties hypothécaires spéciales sont devenues insuffisantes par le fait du débiteur; il argumente il est vrai de la faillite, mais à l'égard d'une masse qui en argumente contre lui, 448, à propos des annuités de 1864, 5, 6.

§ 3. — *Droit de suite.*

Grâce au droit de suite, un créancier hypothécaire peut suivre l'immeuble hypothéqué entre les mains de tout tiers-détenteur, et il le peut malgré la faillite de son débiteur. L'état de faillite ne modifie en quoi que ce soit le droit de suite. Aussi avons-nous déjà vu que, malgré la faillite du débiteur, les créanciers du failli peuvent requérir inscription sur les immeubles qui ont cessé de lui appartenir; les intérêts des créanciers de la masse ne sont ici nullement en jeu.

CHAPITRE II.

De l'hypothèque judiciaire.

L'hypothèque judiciaire est une garantie légale, destinée à assurer l'exécution des jugements et de certains autres actes judiciaires. Tout créancier qui obtient un jugement portant condamnation, du moins éventuelle, a

par cela même une hypothèque générale sur les biens de son débiteur condamné, à la condition toutefois de l'inscrire, et elle prend rang par la date de son inscription.

Nous avons à nous demander si cette hypothèque peut se trouver, de même que l'hypothèque conventionnelle, affectée par l'état de faillite du débiteur.

SECTION PREMIÈRE. — VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE
JUDICIAIRE.

Pour que l'hypothèque judiciaire soit valable, il faut qu'elle puisse prendre naissance et, en second lieu, qu'elle soit inscrite.

§ 1^{er}. — *Naissance de l'hypothèque judiciaire.*

Le Code de Commerce de 1808 annulait sans pitié toute hypothèque judiciaire acquise depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. Le nouvel art. 446 admet pour l'hypothèque judiciaire la même distinction que pour l'hypothèque conventionnelle; il annule donc l'hypothèque judiciaire venant sanctionner une dette préexistante. — Il n'y a à cela qu'un malheur, c'est que la distinction si juste du Code de Commerce ne recevra jamais son application pour l'hypothèque judiciaire. En effet, il est de droit élémentaire que les jugements ne font que constater et reconnaître des droits préexistants; ils sont déclaratifs de droits; c'est là un de ces principes qui datent de la législation romaine (1). La créance sera donc toujours et nécessai-

(1) Ulpien, Dig., loi 8, § 4, *Si servitus vindicetur.*

rement préexistante par rapport au jugement qu'obtiendra le créancier; l'hypothèque sera donc toujours constituée pour une dette antérieurement contractée, puisque la dette précédera toujours le jugement qui aura condamné le débiteur à en payer le montant. Dès lors, bien que la loi semble assimiler l'hypothèque judiciaire à l'hypothèque conventionnelle, cette distinction est pratiquement inadmissible, puisqu'il est impossible de trouver un seul cas où la créance résulterait de l'acte même qui constitue l'hypothèque judiciaire. Qu'en résulte-t-il? C'est que toutes les hypothèques judiciaires sont nulles *de plein droit*, c'est-à-dire frappées d'une nullité *impérative* pour le juge, du moment que le jugement d'où elles résultent a été rendu depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. (Art. 446, C. C.) Il va sans dire que la nullité de plein droit s'applique à l'hypothèque judiciaire seule, mais pas au jugement lui-même (1).

L'art. 446, en frappant d'une nullité absolue l'hypothèque judiciaire, a voulu maintenir l'égalité parfaite entre tous les créanciers, et il n'arrive même pas à ce résultat, comme le fait très-bien remarquer M. Bravard (2). En effet, si de deux créanciers de même somme qui ont formé leur demande le même jour, l'un va devant le tribunal civil parce que sa créance est civile, l'autre devant le tribunal de commerce parce que sa créance est commerciale, ce dernier a beaucoup plus de chance que le premier de profiter de l'hypothèque résultant du jugement qu'il obtiendra, parce que la juridiction commerciale procédant avec plus de célérité que



(1) Paris, 24 décembre 1849.

(2) Demangea sur Bravard, V, p. 245.

la juridiction civile, le jugement pourra être rendu plus de dix jours avant la cessation de paiements du débiteur, tandis qu'il n'en sera pas de même, du moins le plus souvent, devant la juridiction civile. Voilà donc une hypothèque judiciaire dont la validité va dépendre d'une circonstance que le créancier ne pouvait empêcher, à savoir, que l'affaire a été portée devant telle ou telle juridiction, que le tribunal saisi aura fait plus ou moins de diligence.

Comment expliquer que le législateur ait voulu faire pour les hypothèques judiciaires une distinction analogue à celle faite en matière d'hypothèques conventionnelles? M. Bravard indique à ce propos une distinction qui devait être, suppose-t-il, dans l'esprit des auteurs de la nouvelle loi. — Il faut prendre ces mots, *antérieurement contractées*, dans un sens autre que celui qu'ils ont pour les hypothèques conventionnelles, dans un sens approprié à la nature même des hypothèques judiciaires, si différentes en cela des hypothèques conventionnelles; il faut appliquer les mots dont il s'agit au cas où la demande, dont le jugement et l'hypothèque sont la suite, a été formée dans les dix jours qui ont précédé la cessation des paiements, ou *à fortiori*, depuis; dans ce cas là, l'hypothèque judiciaire serait nulle de plein droit; mais elle serait valable quand même le jugement aurait été rendu dans les dix jours qui précèdent la cessation des paiements ou depuis, si la demande avait été introduite avant les dix jours.

Cette distinction, qui est très-rationnelle il est vrai, ne paraît pas devoir être admise; elle n'est nullement dans le texte de la loi, et rien, dans la discussion de la loi de 1838, ne fait présupposer que telle a été l'intention des législateurs. Avouons plutôt l'inadvertance

du législateur, qui a mis sur la même ligne l'hypothèque judiciaire et l'hypothèque conventionnelle, et disons nettement qu'il faut renoncer à faire toute espèce de distinction pour l'hypothèque judiciaire. Le législateur l'annule parce qu'il a craint un accord frauduleux entre le créancier et le débiteur qui, laissant prendre bénévolement un jugement, pourrait encore ainsi consentir une hypothèque au préjudice de ses autres créanciers.

§ 2. — *Inscription.*

L'hypothèque judiciaire valablement acquise, c'est-à-dire antérieure aux dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements, peut-elle être inscrite malgré la faillite?

Non; art. 448, à partir du jugement déclaratif de faillite, la situation des créanciers est immobilisée; qui, avant le jugement de faillite, même depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, puisque l'inscription ne fait que conserver un droit existant, sauf, bien entendu, art. 448, deuxième alinéa, la faculté pour le juge d'annuler cette inscription si elle a été prise plus de quinze jours après la date du jugement. — Ici encore le créancier peut et doit renouveler après le jugement de faillite.

SECTION II. — EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE JUDICIAIRE.

§ 1^{er}. — *Droit d'expropriation.*

Malgré la faillite, le créancier à hypothèque judiciaire peut exécuter le débiteur, sauf qu'il ne peut pas commencer de nouvelles poursuites, une fois le régime d'union adopté.

§ 2. — *Droit de préférence.*

Le créancier hypothécaire, en vertu d'un jugement, a droit de préférence et quant au capital et quant aux intérêts; les intérêts continuent à courir à son profit, art. 445. Même difficulté pour la combinaison des art. 445, 2151 et 448; même solution que pour l'hypothèque conventionnelle.

§ 3. — *Droit de suite.*

La faillite ne modifie en rien le droit du créancier hypothécaire, en tant qu'il veut exercer son droit de suite.

CHAPITRE III.

De l'hypothèque légale.

L'hypothèque légale est celle que la loi attache de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de toute manifestation de volonté soit du créancier, soit du débiteur, à certaines créances, pour en assurer la restitution, et cela en considération de la condition juridique des créanciers ou de la nature de leurs rapports avec ceux sur les biens desquels portent ces hypothèques.

Les hypothèques légales sont énumérées par l'article 2121; ce sont :

L'hypothèque légale des mineurs et interdits sur les biens de leurs tuteurs;

Celle des femmes mariées sur les biens de leurs maris;

Celle de l'État, des communes et des établissements

publics sur les biens des receveurs et administrateurs comptables. On peut ajouter l'hypothèque légale des légataires sur les biens de la succession, et tous les privilèges immobiliers dégénérés en hypothèques légales. — Nous allons examiner, à propos de l'hypothèque légale, les questions que nous avons déjà étudiées à propos de l'hypothèque conventionnelle et de l'hypothèque judiciaire.

SECTION PREMIÈRE. — VALIDITÉ DE L'HYPOTHÈQUE
LÉGALE.

L'hypothèque légale peut-elle naître, peut-elle être inscrite?

§ 1^{er}. — *Naissance de l'hypothèque.*

La nullité de plein droit de l'art. 446 s'applique-t-elle aux hypothèques légales? Évidemment non. Que dit, en effet, cet article? Sera *nulle*, toute hypothèque née postérieurement à la créance qu'elle garantit; et par suite, *valable*, l'hypothèque qui, au contraire, vient s'attacher à la créance dès que celle-ci a vu le jour; d'où il faut conclure que toutes les hypothèques légales acquises depuis les dix jours qui ont précédé l'époque de la cessation des paiements sont valables, puisque toute hypothèque légale, étant attachée par la loi à une créance qui lui a paru digne de faveur, prend forcément naissance en même temps que la créance; elle en est inséparable et doit en suivre le sort. Ainsi, sont valables les hypothèques légales de l'État, des établissements publics et communes, nées depuis les dix jours, puisqu'elles ne naissent qu'avec la dette elle-même, et par suite sont

soustraites à l'application de l'art. 446. Du reste, il n'y avait pas à craindre de fraude de la part de l'État acquérant une hypothèque; il n'y en avait pas davantage de possible de la part des établissements publics et des communes, qui ne peuvent acquérir que sous la surveillance de l'État lui-même. Quant aux hypothèques légales des femmes mariées, mineurs et interdits, il est aussi évident que l'art. 446 ne les concerne en quoi que ce soit, et qu'elles sont parfaitement valables quand même elles auraient été acquises depuis les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements. Si donc une tutelle a été déférée au failli depuis cette époque, l'hypothèque légale qui y est attachée sera acquise au mineur ou à l'interdit, puisque, loin de naître après la créance, elle naît avant, au moment où le tuteur a connu la délation de la tutelle à son profit, c'est-à-dire alors qu'il n'a encore rempli aucun acte de gestion. — Si le failli s'est marié depuis la même époque, sa femme aura acquis une hypothèque légale sur tous ses biens, car dans ce cas l'hypothèque aura été acquise avant la créance, ou au moins en même temps.

Il y a cependant une distinction qui a été souvent proposée dans la pratique et qui paraît, au premier abord, assez juste.

Un commerçant est devenu tuteur ou s'est marié depuis la cessation de ses paiements ou dans les dix jours précédents; sans aucun doute, l'hypothèque légale a pris naissance au profit du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée. Mais supposons un individu créancier *chirographaire* de 100,000 fr. d'un commerçant déjà marié; ce commerçant cesse ses paiements; donc, article 446, il ne peut plus utilement concéder une hypothèque au créancier de manière à le rendre après coup

créancier hypothécaire. N'y a-t-il aucun moyen de garantir cette créance? Que la femme de ce commerçant en état de cessation de paiements intervienne pour cautionner ce créancier ou pour s'obliger solidairement avec son mari; art. 1431, cette femme, qui s'est portée caution pour son mari, a un recours en indemnités contre son mari; et ce recours est garanti, à son profit, par une hypothèque légale (2121, C. N.) datant du jour même de l'obligation contractée avec le tiers, art. 2135, C. Nap.

Voici donc les immeubles du mari commerçant en état de cessation de paiements grevés d'une créance hypothécaire de 100,000, et que le mari n'aurait pu grever directement au moyen d'une hypothèque conventionnelle consentie au profit de ce tiers créancier. De ce qu'il y a eu convention, stipulation libre, et par conséquent possibilité de tromper les tiers, ne peut-on pas dire que cette hypothèque légale ne prendra pas naissance? C'est ce qu'a, en effet, décidé la Cour de Poitiers par un arrêt du 16 janvier 1860, qui a jugé « qu'une femme agissant de concert avec son mari et un créancier de ce dernier ne peut faire naître sur les biens du mari une hypothèque légale; qu'en subrogeant le créancier à un droit qu'elle prétendrait puiser dans l'art. 1431 du C. N., elle pourrait créer une hypothèque qui aurait en faveur du créancier le même résultat que l'hypothèque conventionnelle frappée d'impuissance. » (1) L'argument se réduit à ceci : il ne faut pas que le mari, de concert avec sa femme, fasse indirectement ce qu'il ne peut faire directement.

(1) Voir dans le même sens Bédarride, t. 1, n° 123 *ter*; Pardessus, III, p. 433, n° 1224.

Nous ne saurions cependant admettre ce système, qui fait une distinction non écrite dans le texte de la loi. Qu'il y ait eu convention, soit; mais ce n'en est pas moins une hypothèque légale. Or, l'art. 446 n'annule que les hypothèques conventionnelles et judiciaires, et laisse subsister les hypothèques légales (1). D'ailleurs, si la fraude de la femme est prouvée, les tiers peuvent user de l'action Paulienne, et même, avec l'art. 447, faire tomber, suivant les cas, la créance même, et par suite l'hypothèque. Mais l'hypothèque, en tant qu'hypothèque, doit être valable, puisqu'elle est née en même temps que la créance même, et que l'art. 446 n'annule que les hypothèques nées *ex post facto*.

Laissons, du reste, parler la Cour de Cassation, qui a eu plusieurs fois à se prononcer sur la question et qui a toujours admis la validité de cette hypothèque légale. Dans un arrêt du 16 novembre 1848, la Cour suprême s'exprime ainsi : « L'art. 446 du C. C. ne se prête ni par son texte, ni par son esprit, au système du pourvoi (2). *Par son texte* : car cet article ne statue que pour les hypothèques conventionnelles et judiciaires, et nullement pour les hypothèques légales des femmes et des mineurs. *Par son esprit* : car, si l'art. 446 précité annule les hypothèques conventionnelles et judiciaires constituées sur les biens du débiteur pour dettes antérieures, dans les dix jours qui précèdent la faillite, c'est que le législateur suppose ou redoute un concert frauduleux pour tromper la masse. Mais les mêmes motifs de suspicion n'existent pas dans le cas où l'hypothèque est une hypo-

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 212, à la note.

(2) Il s'agissait de casser un arrêt qui avait admis la validité d'une pareille hypothèque.

thèque légale, dont le bénéfice est réclamé par une épouse qui, loin d'être censée avoir voulu faire fraude aux autres créanciers, est au contraire présumée avoir été circonvenue par son mari. C'est précisément à cause de cette situation, résultant de sa soumission à la puissance maritale, que l'hypothèque légale lui a été accordée. »

Nous trouvons aussi dans un arrêt du 25 juillet 1860 les motifs suivants, qu'il me paraît utile de reproduire. — Un sieur L. est déclaré en faillite le 18 août 1857, et l'époque de la cessation de paiements est fixée au 12 avril 1852. Les 12 et 20 avril 1852, les sieurs B. et R., déjà créanciers chirographaires de L., avaient obtenu de lui une hypothèque conventionnelle; de plus, la dame L. s'était obligée envers eux avec son mari et les avait subrogés dans l'effet de son hypothèque légale. La Cour de Nancy, par un arrêt du 11 août 1858, valida la subrogation, et le pourvoi formé contre cet arrêt fut rejeté de la manière suivante : « Attendu que si les hypothèques conventionnelles constituées par L. au profit des défendeurs, les 12 et 20 avril 1852, pour dettes antérieurement contractées envers eux, ont été frappées de nullité par l'effet du report de l'ouverture de la faillite, fixée au 12 avril 1852, cette nullité, qui, aux termes de l'art. 416 du Code de Commerce, n'atteint que les hypothèques conventionnelles conférées par le failli et les hypothèques judiciaires obtenues contre lui, n'a point altéré les droits des défendeurs comme subrogés aux hypothèques légales de la femme L., par suite de l'engagement solidaire qu'elle avait contracté avec son mari. » (1)

(1) Voir Cassation, 24 décembre 1860, cassant l'arrêt de Poitiers du 16 janvier 1860.

Ainsi, et c'est là la doctrine que nous adoptons, est valable, sans aucune distinction, toute hypothèque légale de la femme d'un commerçant failli.

L'hypothèque légale de la femme d'un commerçant failli, bien que *naissant valable*, est cependant affectée par l'état de faillite, non pas quant à sa naissance même, mais quant à l'étendue des créances qu'elle garantit, et quant à son assiette, c'est-à-dire quant aux immeubles sur lesquels elle porte. Le législateur se trouvait ici en présence de deux idées qui paraissent se détruire l'une l'autre : il voulait protéger la femme du failli, et d'un autre côté il tenait la femme en état de véritable suspicion légitime; car si le failli commet des fraudes au préjudice de ses créanciers, le plus souvent sa femme en sera la première complice. Aussi existe-t-il dans notre Code certaines dispositions de défiance vis-à-vis de la femme d'un commerçant failli. — De droit commun, l'hypothèque légale de la femme est générale et quant aux créances qu'elle garantit, et quant aux immeubles sur lesquels elle porte; au cas de faillite du mari, il y a restriction à ce double point de vue.

1^{re} Restriction. — Quant aux créances garanties par l'hypothèque.

I. — La femme ne peut réclamer ni comme créancière hypothécaire, ni comme créancière chirographaire, tous les avantages à titre gratuit que son mari lui a concédés soit par contrat de mariage, soit pendant mariage, art. 564. Nous n'avons pas à développer ce point, puisqu'ici ce n'est pas à vrai dire l'hypothèque, mais la créance même, qui se trouve affectée par l'état de faillite.

II. — Relativement à certains autres droits, la femme commerçante est bien véritablement créancière; si elle

se pose comme créancière chirographaire, et elle le peut (1), la loi commerciale n'édicte aucune disposition de rigueur contre elle; la femme acceptant la situation commune peut prouver ses créances par tous moyens. Si elle veut se faire une position exceptionnelle et argumenter de son hypothèque légale à l'encontre des autres créanciers de son mari failli, c'est alors que la loi commerciale déroge au droit commun par deux dispositions rigoureuses, 562, 563.

1° Art. 562 C. C. — La femme, même séparée de biens ou mariée sous le régime dotal, a payé en fait elle-même une dette du mari; la femme, en vertu de ce paiement, veut recourir contre son mari et argumenter de l'hypothèque légale pour se faire payer par préférence aux autres créanciers. — La loi *présume*, dans ce cas, qu'elle a fait ces paiements avec les deniers que son mari lui a remis, c'est-à-dire avec l'argent des créanciers de la faillite. Pour prendre la position de créancière hypothécaire, la femme doit établir et prouver qu'elle a payé avec ses deniers personnels.

2° Art. 563 C. C. — La femme ne peut exercer son hypothèque légale pour les deniers et effets mobiliers qu'elle aura apportés en dot ou qui lui seront advenus depuis le mariage par succession ou par donation, qu'autant qu'elle en prouve la délivrance ou le paiement par acte authentique ou par acte sous seing privé ayant reçu date certaine. Aucune exigence du même genre ne se trouve dans la loi civile; en vertu de ce principe, que les omissions de la femme ne doivent pas lui préjudicier, la femme ne peut compromettre ses droits en omettant de donner date certaine aux actes qui les constatent. —

(1) Limoges, 20 juin 1839; Lyon, 29 avril 1850.

Le législateur commercial a craint une fraude possible; la femme aurait pu, en effet, antidater des actes de manière à ce que son hypothèque légale prît rang dès ce jour.

2^o Restriction. — Quant à l'assiette de l'hypothèque légale.

De droit commun, cette hypothèque frappe tous les immeubles du mari présents et futurs, ceux acquis à titre gratuit, comme ceux acquis à titre onéreux. Il n'en est pas ainsi au cas où le mari vient à tomber en faillite.

Le Code de 1807 (art. 551), inflexible dans ses défiances à raison des abus et des désordres de l'époque, restreignait l'hypothèque aux seuls immeubles qui appartenaient au mari lors de la célébration du mariage. Pourquoi cette disposition rigoureuse? Afin de prévenir les fraudes que le mari pouvait pratiquer pour avantager sa femme aux dépens de ses créanciers, afin d'empêcher l'hypothèque de la femme de frapper un des immeubles acquis aux dépens de l'actif commercial du mari. On comprend donc très-bien que, dans ce but, la loi ait dû refuser à la femme tout droit de préférence sur des immeubles acquis par le mari à titre onéreux, c'est-à-dire presque toujours avec l'argent de ses créanciers. Mais la loi ne dépassait-elle pas le but même qu'elle se proposait en affranchissant de l'hypothèque légale les immeubles advenus au mari par succession ou par donation? Quant aux successions, il est assez difficile d'imaginer la possibilité d'une fraude, à moins qu'on ne suppose que le mari se soit arrangé avec ses cohéritiers pour faire mettre dans son lot peu de meubles et beaucoup d'immeubles. Quant aux donations, la fraude est plus facile, puisque des tiers complices peuvent figurer comme donateurs dans de faux actes de libéralités; aussi les rédacteurs de la loi de 1838 voulaient-ils tout d'abord que l'hypothèque

ne s'étendit pas sur les immeubles acquis à titre de donation entre-vifs. Cette distinction fut repoussée. C'est aux créanciers à prouver les fraudes d'une nature aussi peu normale, et à les prouver, par exemple, en intervenant au partage. — Il fut donc décidé par la loi de 1838, dans le nouvel art. 563, que la femme du commerçant aurait hypothèque sur tous les immeubles que le mari avait lors du mariage, et de plus sur tous les immeubles qui lui seraient advenus depuis soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire. Logiquement, on eût pu refuser à la femme l'hypothèque, même sur les biens acquis à titre onéreux par son mari avant le mariage, depuis l'origine de son commerce; mais il eût été bizarre de faire subir à la femme les conséquences de cette qualité de femme mariée pour un temps où elle n'existait pas encore, d'autant plus qu'au moment du mariage le débiteur peut conventionnellement constituer hypothèque sur des immeubles présents au profit d'un tiers.

De cette modification du Code de 1808 par la loi de 1838, il naît une question dont l'intérêt disparaît de jour en jour. — Une femme mariée sous l'empire du Code de 1807 a-t-elle hypothèque sur les immeubles dont le mari a hérité, ou qui lui ont été donnés ou légués, lorsque le mari est tombé en faillite depuis la promulgation de la loi de 1838? Cette hypothèque légale frappe les immeubles dont il s'agit à la date de la promulgation de la loi nouvelle; elle est donc opposable à ceux des créanciers du mari qui n'avaient point sur les mêmes immeubles d'hypothèques acquises avant cette dernière loi (1).

(1) Valette, *Traité des Privilèges*, p. 264; Aubry et Rau, II, p. 691, à la note; Pont, n° 534; req. rej., 3 janvier 1844; req. rej., 17 juillet 1844.

Ainsi sont, d'après la nouvelle loi, affranchis seulement de l'hypothèque légale de la femme les immeubles acquis à titre onéreux pendant mariage, comme ayant été vraisemblablement acquis avec l'argent des créanciers. — Si un acte sous seing privé, constatant l'achat d'un immeuble par le mari, porte une date postérieure à la célébration du mariage, la femme peut, par tous les moyens, prouver la postdate, et, par suite, que le mari avait déjà l'immeuble lors du mariage (1).

Doit être considérée comme ayant été acquise à titre onéreux, et par suite doit échapper à l'hypothèque légale, la plus-value résultant de constructions ou améliorations faites pendant le mariage sur les immeubles du mari, même sur ceux qui lui appartenaient lors de la célébration du mariage, ou qui lui sont advenus depuis à titre gratuit (2). Cependant, la jurisprudence (3) est d'un avis contraire; elle argumente uniquement de l'art. 2133 du C. N., aux termes duquel l'hypothèque acquise s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué. C'est vrai; mais il y a précisément exception au cas de faillite. Quand le mari a fait élever d'importantes constructions sur un immeuble dont il était déjà propriétaire en se mariant, peut-on dire, dans le sens de cet article, que la valeur immobilière qu'il a créée aux dépens de ses créanciers lui appartenait déjà à l'époque de son mariage? Le système inverse autorise une fraude possible au préjudice des créanciers.

Si le mari, depuis la célébration du mariage, a

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 564, à la note; Grenoble, 28 juin 1858.

(2) Aubry et Rau, II, 692; Demangeat sur Bravard, V, p. 566, à la note; Pont, n° 535; Valette, p. 263, note, 2°.

(3) Rouen, 29 décembre 1855; Grenoble, 28 juin 1858.

échangé un immeuble affecté à l'hypothèque légale de la femme, l'hypothèque légale doit frapper l'immeuble acquis en contre-échange, car évidemment le mari ne s'est pas procuré aux dépens de ses créanciers; puis il est de principe que *subrogatum capit naturam subrogatio* (1). Il faut en dire autant du cas où le mari a dû payer une soulte, pourvu toutefois que la soulte ne soit pas tellement considérable qu'il faille voir dans l'opération un achat plutôt qu'un échange.

Si le mari, par suite d'un partage ou d'une licitation, obtient la totalité d'un immeuble sur lequel il n'avait d'abord, soit lors de la célébration, soit depuis et en vertu d'une succession ou d'une donation, qu'un droit indivis, cet immeuble est-il frappé en entier de l'hypothèque légale de la femme? C'est là une question vivement discutée. Suivant nous, la dernière partie acquise prend la qualité de la première, par suite est sujette à l'hypothèque légale. En effet, 1° (art. 883 C. N.) chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation : c'est là un principe général et absolu; 2° l'art. 563 du Code de Commerce, en accordant à la femme hypothèque sur les biens advenus à son mari par succession, montre par là même que l'immeuble, devenu la propriété du mari à la suite d'un partage ou d'une licitation entre lui et ses cohéritiers, est frappé de l'hypothèque de la femme du jour de l'ouverture de la succession, puisqu'il est incontestable que le mari est propriétaire à titre d'héritier et par succession, et que la licitation, comme le partage, l'a fait succéder seul et im-

(1) En sens contraire, Valette, p. 263.

médiatement à l'immeuble licité; 3° cela ressort de la discussion de la loi de 1838; M. Moreau (de la Meurthe) ayant proposé d'étendre l'hypothèque de la femme aux biens qui arriveraient au mari par succession, M. Renouard repoussa cet amendement ainsi : « Ne doit-on pas prévoir le cas où le mari se fera attribuer sa part héréditaire en immeubles au lieu de la recevoir en argent? De cette manière la femme trouverait, par son hypothèque sur les immeubles, un avantage qui n'existerait pas pour elle si le mari avait pris sa part en argent. » Le résultat était donc bien signalé; l'amendement fut cependant admis, et avec lui la conséquence dont il s'agit (1).

Si le mari, ayant acheté un immeuble depuis la célébration du mariage, l'a ensuite revendu, de sorte que, lors de la déclaration de faillite du mari, l'immeuble se trouve entre les mains d'un tiers détenteur, il faut décider que ce tiers détenteur, qui n'a pas opéré la purge légale, se trouve néanmoins, par application de l'art. 563, à l'abri de l'action hypothécaire de la femme. En effet : 1° la loi ne distingue pas si l'immeuble acheté par le mari est ou non sorti de ses mains; sont seuls soumis à l'hypothèque de la femme les immeubles du mari à lui appartenant lors de la célébration, ou à lui advenus depuis par succession ou par donation. 2° Les motifs sont les mêmes; la masse a intérêt, dans notre espèce, à ce

(1) Pont, n° 536; Demangeat sur Bravard, V, p. 565, à la note; Limoges, 14 mai 1853; Grenoble, 5 août 1857. — Secus : Demolombe, *Des successions*, t. V, n° 319; Aubry et Rau, II, p. 692 à la note; Bertauld, *Revue critique*, 1864, XXIV, p. 392 et 393; Bourges, 2 février 1836; Paris, 8 avril 1863.

que la femme n'exerce pas son hypothèque; car l'action hypothécaire dirigée contre le tiers détenteur réfléchirait contre la masse (1).

Ces restrictions, apportées par l'art. 563 C. C. à l'hypothèque légale de la femme, n'ont lieu, du reste, qu'autant que la femme a pu s'y attendre. Suivant le Code de 1807, ces dispositions exceptionnelles s'appliquaient même à la femme qui avait épousé un non-commerçant, et qui l'était devenu, à quelque époque que ce fût, si au moment du mariage il n'avait pas de profession déterminée, et alors même qu'il en avait une, s'il était devenu commerçant dans l'année. C'était aller trop loin; car si au moment où la femme se marie, son mari n'est pas commerçant, et si rien ne peut faire supposer qu'il a l'intention de le devenir, il est inique que le mari puisse, par un fait que la femme ne saurait ni prévoir ni empêcher, en embrassant la qualité de commerçant, lui enlever des garanties sur lesquelles elle a compté en contractant mariage. Aussi, d'après la nouvelle loi de 1838, pour que les restrictions dont il s'agit soient admises, il faut que le mari soit commerçant au moment de la célébration du mariage, ou que, n'ayant pas de profession déterminée à cette époque, il soit devenu commerçant dans l'année de son mariage. De cette manière, il n'y a pas de surprise pour la femme.

Pour terminer sur ce sujet, disons que la disposition restrictive de l'art. 563 quant à l'assiette de l'hypothèque légale, s'applique même après concordat ou contrat d'union; dès qu'il y a eu déclaration de faillite, il y a droit acquis pour les créanciers à ce que l'hypothèque

(1) Aubry et Rau, II, p. 694; Demangeat sur Bravard, V, p. 566, 567; Agen, 22 juillet 1859.

de la femme soit restreinte (1); et il en sera ainsi, même quant aux immeubles acquis par le mari depuis le concordat ou la dissolution de l'union, et cela, suivant nous, jusqu'à paiement intégral des créanciers hypothécaires du failli, ou satisfaction complète des créanciers de l'union, ou acquittement des dividendes promis par le concordat (2).

L'hypothèque légale de la femme mariée est la seule que la loi commerciale restreigne pour cause de faillite. Ainsi, l'hypothèque légale du mineur subsiste avec toute l'étendue que lui donne le droit commun, malgré la faillite du tuteur (3).

§ 2. — *Inscription.*

L'hypothèque légale, nous venons de le voir, naît valablement jusqu'au jugement déclaratif de faillite. Peut-elle être inscrite?

Il importe, à ce point de vue, de distinguer les hypothèques légales qui sont valables, indépendamment de toute inscription, et celles qui ne prennent effet vis-à-vis des tiers que par l'inscription.

Quant aux hypothèques légales qui ont besoin d'être inscrites, ainsi celles au profit de l'État, des communes, des établissements publics, il faut leur appliquer les principes ci-dessus exposés de l'art. 448; autrement dit, plus d'inscription possible à partir du jugement déclara-

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 567; Aubry et Rau, II, 693; Nîmes, 4 mars 1828; Cassation, 1^{er} décembre 1858.

(2) Aubry et Rau, II, 694, à la note. — *Séus*: Demangeat sur Bravard, V, p. 567, à la note; Cassation, 1^{er} décembre 1858.

(3) Colmar, 2 février 1857.

tif. Jusque-là, inscription permise; toutefois, annulation facultative de la part du juge, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre le moment où a pu naître la créance hypothécaire et celui où a eu lieu l'inscription.

Quant aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits, qui se trouvaient d'une manière indéfinie affranchies de la nécessité de l'inscription, l'art. 448 C. C. ne leur était pas évidemment applicable. Mais la loi du 23 mars 1855 est venue apporter une exception dans un cas particulier. L'art. 8 de cette loi décide en effet que, pour conserver le rang assigné par l'art. 2135 C. N., la femme veuve ou le mineur doivent inscrire leur hypothèque dans l'année à partir de la dissolution du mariage ou de la cessation de la tutelle. — Si la faillite est déclarée du vivant du mari, la question ne naît pas, la femme n'a pas besoin d'inscrire. Supposons au contraire, ce qui est possible (art. 437 C. C.), que le mari soit déclaré en faillite dans l'année qui suit son décès, la veuve peut-elle dans ce cas, si le délai d'un an n'est pas écoulé, inscrire son hypothèque légale même après le jugement déclaratif de faillite? Il faut admettre l'affirmative. En effet, la femme créancière à hypothèque légale avant le décès de son mari est réputée *inscrite*; quand elle veut inscrire après le décès de son mari, on peut véritablement dire qu'elle ne fait que vouloir continuer la situation qu'elle avait avant le décès de son mari, que son inscription équivaut pour elle à un renouvellement destiné à empêcher la péremption de son droit (1).

(1) Moulon, *De la transcription*, tome II, n° 873, p. 518; Aubry et Rau, II, 754; Demangeat sur Bravard, V, p. 288, à la note; Pont, 890, 895, 926; Paris, 24 juin 1862.

Si cette inscription a été prise depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, peut-elle tomber sous l'application de l'art. 448, 2^o alinéa? Évidemment non. Ce que la loi punit, c'est la négligence du créancier; or, ici, par cela même que le créancier n'a pas laissé passer le délai d'un an que lui donne la loi, il ne commet aucune négligence et ne peut pas voir son hypothèque annulée (1).

SECTION II. — EFFETS DE L'HYPOTHÈQUE LÉGALE.

§ 1^{er}. — *Droit d'expropriation.*

Le créancier à hypothèque légale a absolument les mêmes droits que le créancier hypothécaire par suite d'une convention ou d'un jugement.

§ 2. — *Droit de préférence.*

Quant aux hypothèques légales qui ont besoin d'être inscrites pour donner au créancier le droit d'être payé par préférence, il n'y a qu'à répéter purement et simplement ce qui a été dit à propos des hypothèques conventionnelles.

En est-il de même des hypothèques légales occultes? Vis-à-vis de la femme ou du mineur (art. 445), les intérêts continuent à courir malgré la faillite. Ici, le plus souvent, ne s'élèvera pas la contestation tendant à combiner les art. 445 et 2151 avec 448, puisque ces hypothèques valent, indépendamment de toute inscription, tant pour tous les intérêts à échoir que pour le capital

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 288; Colmar, 15 janvier 1862.
— *Secus* : Aubry et Rau, p. 755, à la note.

lui-même. Dans le cas où la faillite sera déclarée dans l'année qui suit le décès du mari (ou la cessation de la tutelle), la femme doit inscrire dans l'année pour avoir droit à tous les intérêts de ses créances; sinon, après l'année, elle ne pourrait pas plus inscrire pour les intérêts que pour le capital : il faudrait l'assimiler à un créancier à hypothèque conventionnelle.

§ 3. — *Droit de suite.*

Pas de modification par suite de la faillite du débiteur.

CHAPITRE IV.

Des privilèges.

Le privilège (art. 2095 C. N.) est un droit réel que la loi confère sur les biens du débiteur au profit de certains créanciers à raison de la faveur de leur créance.

Il y a des privilèges généraux qui portent sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles; puis il y a des privilèges spéciaux tant sur meubles que sur immeubles. — Ces divers privilèges peuvent se trouver modifiés par la faillite du débiteur.

SECTION PREMIÈRE. — VALIDITÉ DES PRIVILÈGES.

§ 1. — *De leur naissance.*

L'art. 446 C. C. ne parle pas des privilèges nés depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, et avec raison. En effet, c'est la loi qui accorde les privilèges, qui les attache à telle ou telle créance, dès que celle-ci existe; nul n'a le droit d'en

accorder les avantages à telle dette que bon lui semble; ils naissent avec cette dette elle-même, qui est privilégiée par cela seul qu'elle existe et qu'elle a été contractée dans les circonstances données. Sans doute, les créanciers peuvent contester le fond du droit, faire annuler ou restreindre, en vertu de 447, les négociations qui ont donné lieu aux privilèges; mais ils ne peuvent contester de tels privilèges sur le seul fondement qu'ils ont leur principe dans des faits qui se sont passés dans les dix jours antérieurs à la faillite.

Ce principe posé, nous avons trois points spéciaux à examiner.

I. — D'après l'art. 2101 C. N., un privilège général sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles, existe au profit des gens de service pour leur salaire de l'année courante, plus d'une année échue.

Au cas de faillite du débiteur, ce privilège est modifié depuis la loi de 1838, et quant à la qualité des personnes qui en jouissent, et quant à l'étendue des créances garanties. — D'après le nouvel art. 549 C. C., les ouvriers, lorsqu'ils ont été employés directement par le failli, ont droit, pour le salaire du mois qui a précédé le jugement déclaratif de faillite, au même privilège que les gens de service; et les commis ont droit à ce privilège pour le salaire des six mois qui ont précédé ce même jugement déclaratif. Si les ouvriers et les commis d'un commerçant n'ont privilège les uns que pour un mois, les autres que pour six mois, tandis que les gens de service (2101 C. N.) ont privilège pour l'année échue et l'année courante, cela tient à ce que le privilège des ouvriers a des conséquences extrêmement graves pour le crédit commercial de ceux qui les emploient : d'abord, c'est un privilège dispensé d'inscrip-

tion, un privilège général frappant sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles, par suite affectant tout le gage du débiteur; enfin, le salaire des ouvriers, même pour un mois, peut, à raison de l'effet effrayant de la multiplication, se monter à des sommes énormes.

Il était donc bon de restreindre ce privilège dans d'étroites limites, et il conviendrait peut-être mieux, d'après M. Bravard, de le restreindre à l'établissement industriel ou commercial et à ses dépendances.

La question s'est plusieurs fois présentée, dans la pratique, de savoir si les acteurs, en cas de faillite du directeur, peuvent réclamer soit le privilège de l'art. 2101 C. N., soit celui de l'art. 549 C. C. Il faut leur refuser l'un et l'autre, car on ne peut les considérer ni comme des gens de service, ni comme des ouvriers ou commis (1).

II. — Un privilège qui existe de droit commun dans les matières civiles est abrogé quand le débiteur tombe en faillite; c'est le privilège du vendeur de meubles. (Art. 550 C. C.)

Le vendeur non payé du prix des effets par lui vendus peut ou vouloir maintenir la vente ou la résoudre; s'il veut résoudre la vente, il a l'action résolutoire : s'il la veut maintenir, s'il préfère arriver au paiement forcé du prix, il peut ou bien user du droit de rétention, ou revendiquer contre l'acheteur le meuble vendu, pour exercer le droit de rétention, si la vente a été faite sans terme; et, dans tous les cas, que la vente soit faite sans terme ou à terme, il a un privilège, en vertu duquel

(1) Aix, 10 mars 1861; Cassation, 24 février 1864. — *Secus* : Montpellier, 25 mars 1862, qui assimile aux ouvriers; trib. de commerce de la Seine, 6 mars 1863, qui assimile aux commis.

il est préféré sur le prix de vente de la chose (2102 C. N.)

En cas de faillite de l'acheteur, le nouvel art. 550 du Code de Commerce s'exprime ainsi : « Le privilège et le droit de revendication, établis par le n° 4 de l'art. 2102 du Code Napoléon au profit du vendeur d'effets mobiliers, ne seront point admis au cas de faillite. »

Quant à la revendication, cet article est trop absolu, il semble l'abroger; il veut simplement dire que ce droit de revendication sera réglé d'après les dispositions spéciales au Code de Commerce. (Art. 576, 579.)

Quant au privilège (art. 550), il est déclaré complètement supprimé. Il ne faut pas cependant prendre le texte trop à la lettre, et lui faire dire ce qu'il ne peut pas dire; ce que veut la loi commerciale, c'est abroger le privilège, tel qu'il est réglementé en matière civile : et cela pour fortifier le crédit commercial. On veut que les tiers qui ont vu des meubles en la possession du commerçant, et qui ont pu compter que ces meubles serviraient de garantie, ne soient pas trompés dans leur attente. Mais il va de soi que toutes les fois que le vendeur aura le droit de revendiquer, il aura nécessairement par cela même, sous les mêmes conditions et avec les mêmes restrictions, le droit d'exercer le privilège; car, de ces deux droits, c'est encore le privilège qui est le moins nuisible aux tiers. Le vendeur permet, en effet, la vente de l'objet, seulement il prélève par préférence le prix qui lui est dû, tandis que, au moyen de l'action en revendication, le vendeur rentre en possession et a le droit de retenir l'objet, jusqu'à ce qu'il ait été désintéressé.

Par *a fortiori* de l'art. 550 C. C., il faut décider que le vendeur d'un acheteur en faillite ne peut user de l'action résolutoire. En effet, si dans l'intérêt du crédit com-

mercial le vendeur ne peut argumenter de son droit de préférence à l'encontre de la masse, il ne peut, à plus forte raison, reprendre l'objet pour lui tout seul, et diminuer d'autant le gage des créanciers qui ont pu compter sur cette chose pour être payés de leurs créances (1).

Faut-il appliquer l'art. 550 lorsque le cessionnaire d'un office vient à être déclaré en faillite avant d'avoir payé le prix de cession? Le cédant n'a ni droit de rétention, ni action en revendication, ni enfin le droit de faire résoudre la cession. L'ordre public demande, en effet, que les offices ne sortent pas des mains des titulaires pour y rentrer ensuite au gré des intérêts privés; le cédant ne peut invoquer que le privilège de vendeur d'effets mobiliers non payés. Perd-il ce privilège au cas de faillite du cessionnaire? Évidemment oui. L'art. 550 est général et absolu, il n'admet aucune distinction; il s'applique donc à tous les privilèges qui ont exclusivement leur principe dans l'art. 2102-4° du Code Napoléon. Il n'y a pas de raison d'en exclure le privilège du cédant d'un office, puisque l'effet de la faillite est de faire tomber tous les créanciers privilégiés de 2102-4° au rang de créanciers chirographaires (2).

III. — Certaines difficultés surgissent à propos d'un

(1) Paris, 24 août 1839; Limoges, 6 mai 1843; Paris, 8 août 1845. — Voir Demangeat sur Bravard (V, p. 577, à la note), qui admet que la revendication de 2102-4° et de 576 n'est autre que l'action résolutoire.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 578, à la note; Aubry et Rau, II, p. 626; Eugène Durand, *Des offices*, n° 250; Pardessus, III, n° 1204; Pont, *Des priv. et hyp.* t. I, p. 108; Paris, 16 janvier 1842; Lyon, 9 décembre 1850; Cassation, 23 août 1853; Bourges, 14 août 1855; Cass., 10 février 1857; Paris, 25 février 1860. — *Secus*: Ésnault, *Des faillites*, III, 656.

privilège spécial sur meubles, privilège des plus importants et des plus pratiques, celui du locateur d'immeubles.

Si le bail a date certaine, le locateur a privilège sur tout ce qui garnit la maison louée pour tous les termes échus et à échoir; si, au contraire, il n'a pas date certaine, ce privilège, dit 2102, n'a lieu que pour une année à partir de l'expiration de l'année courante : il faut entendre par là tous les loyers échus, l'année courante, plus une année à partir de l'expiration de l'année courante. La restriction, au cas où le bail n'a pas date certaine, ne porte donc que sur les loyers à échoir; c'est à raison de ceux-là seuls qu'il y avait fraude possible, par suite d'un concert entre le bailleur et le preneur pour assigner au bail, au préjudice des autres créanciers, une durée plus longue que celle qu'il devait avoir en réalité, fraude qu'il eût été difficile, pour ne pas dire souvent impossible, de découvrir et de prouver (1).

Le commerçant peut, sauf application de 447, consentir un bail, se rendre locataire, et cela, jusqu'au jugement de déclaration de faillite. Si ce bail ne reçoit pas date certaine avant le jugement déclaratif, il ne peut être opposé aux créanciers que pour les termes échus, et pour une année à partir de l'expiration de l'année courante. Il ne peut acquérir date certaine une fois le jugement de faillite rendu, puisqu'il y a immobilisation de la situation des créanciers. Si le bail a acquis la date

(1) *Sic* : Aubry et Rau, II, p. 611; Demangeat sur Bravard, V, p. 140, à la note; Troplong, I, 156; Cassation, 18 juillet 1824; Grenoble, 28 décembre 1838; Douai, 29 août 1842; Lyon, 28 avril 1847; Metz, 6 janvier 1859. — *Secus* : Valette, n° 63; Pont, n° 127; Bordeaux, 17 décembre 1839.

certaine avant les dix jours précédant la cessation des paiements, sans conteste le bailleur a privilège pour toutes les années échues et à échoir.

Reste l'hypothèse où le bail n'a acquis date certaine qu'après les dix jours.

Suivant certains auteurs (1), il faut distinguer : s'agit-il d'un bail consenti postérieurement aux dix jours et ayant acquis date certaine à ce moment même, le privilège est acquis pour toutes les années échues et à échoir, pourvu qu'il n'y ait pas eu fraude (art. 447). S'agit-il, au contraire, d'un bail consenti avant les dix jours, il ne peut acquérir date certaine après les dix jours, et s'il l'avait acquise à ce moment, c'est, dit M. Pardessus, comme s'il ne l'avait pas acquise. — Nous ne saurions admettre cette solution.

Suivant nous, sans aucune distinction, tout bail peut acquérir date certaine, même depuis la cessation des paiements, même dans les dix jours précédant cette cessation de paiements. Que veut en effet l'art. 446? Annuler toute sûreté réelle, née postérieurement à la créance qu'elle garantit, parce qu'il voit là une opération quasi-gratuite vis-à-vis du créancier. Or, est-ce là notre espèce? Évidemment non. Peut-on dire du privilège du bailleur, qui n'acquiert date certaine que depuis les dix jours, qu'il est attaché à une dette antérieurement contractée? Pas davantage, car le privilège est attaché à la naissance de la créance, et non pas à la circonstance que l'acte qui la constate a reçu ou non date certaine. Le moment où le bail doit avoir date certaine est celui où les créanciers se trouvent en conflit pour se payer sur les biens du débiteur commun. Tant que le débiteur

(1) Pardessus, III, p. 324, n° 1133.

n'est pas déclaré en faillite, le bail, qui n'a pas date certaine, n'existe qu'entre le propriétaire et le fermier; et tant qu'il n'y a pas faillite, les créanciers ne peuvent se plaindre de ce que la date certaine est donnée au bail, et de se voir opposés les termes échus et à échoir. Ceci résulte, du reste, implicitement de l'art. 448, qui décide que, jusqu'au jugement de déclaration de faillite, les inscriptions peuvent être prises, et ce qui est dit des inscriptions peut se dire de la date certaine donnée au bail. D'ailleurs, il nous est difficile de comprendre comment la question peut même faire doute, puisque la loi a pris soin de passer sous silence les privilèges. Elle veut donc qu'ils ne puissent pas tomber sous la déchéance rigoureuse de l'art. 446.

§ 2. — *Inscription.*

L'art. 448 s'applique-t-il aux privilèges?

Quant aux privilèges, soit généraux, soit spéciaux sur meubles, ils valent indépendamment de toute inscription et échappent donc à l'application de l'art. 448 C. C. Ceci se justifie par cette idée que les créanciers d'un débiteur ne doivent pas être sans ignorer ou du moins supposer de telles créances.

On ne peut en dire autant des privilèges immobiliers, qui, au contraire, sont soumis à la formalité de l'inscription. Nous allons passer en revue les trois principaux privilèges immobiliers.

I. — Privilège de l'architecte.

Les architectes, entrepreneurs et ouvriers ont privilège sur la plus-value qui est résultée de leur travail, mais à la condition d'une double inscription : inscription du procès-verbal d'expertise faite avant les travaux, et

inscription du second procès-verbal postérieur à la confection des travaux. Le privilège s'établit sur la plus-value résultant de la comparaison des deux procès-verbaux, et date du jour de l'inscription du premier procès-verbal. Cette inscription ne peut plus être prise après le jugement déclaratif de faillite (art. 448), et le privilège peut être annulé s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la création du privilège et son inscription.

II. — Privilège du copartageant.

Le copartageant créancier de son cohéritier, par exemple, d'une soulte, a, comme garantie de sa créance, un privilège (art. 2109 C. N.) : il a soixante jours, à partir de l'acte de partage, pour inscrire au point de vue du droit de préférence. S'il inscrit dans le temps voulu, il prime tous les tiers qui, du chef de son copartageant débiteur, ont acquis des droits réels sur l'immeuble tombé au lot du débiteur. Le copartageant débiteur de la soulte tombe en faillite avant le soixantième jour; le copartageant créancier peut-il utilement inscrire son privilège, même après le jugement déclaratif de faillite? C'est là une de ces questions les plus délicates, où il est assez difficile de prendre parti, parce que l'on se trouve en présence de principes contradictoires. Nous allons exposer les deux systèmes, puis nous opterons.

Suivant une première opinion généralement admise (1), l'art. 448 doit s'appliquer en entier. En effet, le copartageant créancier d'une soulte peut, dit-on, du chef de son copartageant débiteur, être atteint par trois événements : 1° par des constitutions d'hypothèques faites par le copartageant; contre ce danger, le copartageant a la garantie de 2109; s'il inscrit dans les soixante jours, il

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 289.

prime même ces hypothèques postérieures. 2° Le copartageant débiteur peut aliéner l'immeuble qu'il a obtenu par suite du partage et l'acquéreur transcrire; contre ce danger, le copartageant a le droit de suite, s'il inscrit dans les quarante-cinq jours (art. 6 de la loi du 23 mars 1855). 3° Le copartageant débiteur peut tomber en faillite; dans ce cas-là, la loi accorde-t-elle au copartageant créancier un délai préfix à partir du partage, jusqu'à l'expiration duquel il puisse conserver son privilège en inscrivant? Non, certes. Loin de là, 448 vient dire d'une manière absolue, *plus de délai*; il n'est donc pas possible d'en créer un. Cet argument se corrobore encore de ce principe commercial, dont 448 n'est, du reste, que la consécration, à savoir, qu'à partir du jugement déclaratif la situation des créanciers est complètement immobilisée et qu'aucun avantage ne peut être créé au préjudice de la masse.

Suivant un second système (1), le copartageant ne voit pas son droit forclos par le jugement déclaratif de faillite. Que peut-il, en effet, vouloir sauvegarder? ou son droit de préférence ou son droit de suite. Son privilège tend à l'un ou à l'autre; ou il s'attaque à un tiers détenteur du bien de son débiteur, *droit de suite*; quant au droit de suite, le délai de quarante-cinq jours lui est certainement acquis. Ou il veut faire valoir son privilège à l'encontre des créanciers hypothécaires ou chirographaires de son débiteur, *droit de préférence*, qui suppose l'immeuble encore aux mains du copartageant débiteur, et il est alors dans le cas de l'art. 2109 et de l'art. 448, qui ne s'occupent que de l'inscription au point de vue du droit de préférence; 2109 n'est pas abrogé par 448.

(1) Aubry et Rau, II, p. 806; Pont, 899 et 927,

La loi, en accordant au copartageant un délai de soixante jours pour l'inscription de son privilège, 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 sa condition ne peut pas être empirée par la faillite du débiteur; puis on peut dire que le partage qui donne naissance au privilège est un acte nécessaire, que cette circonstance, jointe à la brièveté du délai accordé pour l'inscription, suffit pour écarter tout soupçon de fraude, et même toute idée de négligence de la part du créancier.

Nous pensons, avec les partisans du second système, que le copartageant ne peut vouloir sauvegarder que son droit de préférence ou son droit de suite, que 448 défend l'inscription au point de vue du droit de préférence. Néanmoins, la solution donnée par le premier système nous paraît préférable, et en voici, suivant nous, la seule raison : l'art. 448 est absolu, *plus d'inscription possible à partir du jugement déclaratif*. Pourquoi cette disposition radicale? Est-ce pour punir la faute ou la négligence d'un créancier? Évidemment non, puisque cette déchéance s'applique alors même que l'hypothèque daterait de la veille du jugement déclaratif de faillite. Le copartageant est, donc mal fondé dans sa prétention lorsqu'il veut inscrire même après le jugement déclaratif, sous le prétexte qu'il n'est pas en faute, puisque l'art. 2109 lui confère un délai de soixante jours. Nous le répétons, l'art. 448, premier alinéa, ne repose pas sur l'idée de faute, mais uniquement sur ce principe commercial que, à partir du jugement déclaratif de faillite, il y a immobilisation des droits de tout intéressé; c'est là une règle absolue, une règle sans exception. On objecte que nous admettons nous-même une exception en faveur de la

femme, à qui nous permettons d'inscrire même après le jugement déclaratif de faillite, s'il ne s'est pas écoulé un an depuis la mort de son mari. C'est vrai, mais bien différente est la position de la femme : la femme qui inscrit conserve une situation qu'elle avait déjà, c'est en quelque sorte un renouvellement; le copartageant, au contraire, veut innover, et cela au préjudice de la masse. C'est cette innovation que 448 veut empêcher.

Si le copartageant a inscrit, avant le jugement déclaratif de faillite, plus de quinze jours après le partage, et que cette inscription ait été prise depuis la cessation de paiements du débiteur ou dans les dix jours précédents, peut-elle tomber sous l'application de 448, deuxième alinéa? Oui, d'après le premier système; non, d'après le deuxième. Il faut ici admettre la négative. En effet, ce que 448-2° veut réprimer, c'est la faute, c'est la négligence d'un créancier; or, ici le copartageant est parfaitement en droit de dire qu'il n'y a aucune faute de sa part, aucune négligence, tant que le délai de soixante jours depuis l'acte de partage ne s'est pas écoulé.

Ainsi, en résumé, plus d'inscription possible de la part du copartageant à partir du jugement déclaratif, et au contraire inscription possible même depuis les dix jours précédant la cessation des paiements. — Ces deux solutions différentes se concilient parfaitement, comme nous venons de le démontrer, à raison des motifs différents qui ont dicté 448-1° et 448-2°.

II. — Privilège du vendeur.

Le privilège du vendeur (art. 2108 C. N.) se publie par la *transcription* même du contrat de vente, ou par l'inscription; le vendeur n'a pas un délai préfix au point de vue du droit de préférence. La vente n'est pas encore transcrite, l'acheteur vient à tomber en faillite, le ven-

deur peut-il transcrire? Il faut appliquer purement et simplement la solution de l'art. 448. Donc si la transcription, qui vaut inscription, a été faite plus de quinze jours après la vente, depuis que l'acheteur a cessé ses paiements ou dans les dix jours précédents, le tribunal pourra juger que le vendeur n'exercera pas de privilège à l'encontre de la masse. De même, la transcription ou l'inscription ne peut plus être faite après le jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur (1).

Cependant, la Cour de Montpellier (2) a jugé que, malgré la faillite, le vendeur peut transcrire. En effet, dit cet arrêt, ce que la loi prohibe, ce ne sont pas les transcriptions, mais les inscriptions; puis ce serait par trop sacrifier les droits du vendeur qui peut se trouver surpris le lendemain de la vente. Et qui en profitera? Ce ne sera pas la masse, mais peut-être les créanciers hypothécaires dont les inscriptions auraient été prises en temps utile, et qui se trouveront ainsi primer le vendeur.

Un argument des plus simples permet de repousser cette objection : la transcription a pour le vendeur les effets de l'inscription; l'inscription est impossible dans ce cas; la transcription doit dès lors être écartée. Le vendeur peut, il est vrai, être surpris. N'est-ce pas là, après tout, la position de tout créancier hypothécaire?

Le vendeur qui ne peut exercer son privilège à l'encontre de la faillite de l'acheteur est-il dénué de toute

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 289-291, à la note; Mourlon, *De la Transcription*, II, nos 643 et suiv., p. 335 et suiv.; Aubry et Rau, II, p. 801, après avoir été d'un avis contraire; Nancy, 9 août 1859, confirmant un jugement de Bar-le-Duc du 17 mars 1859; Cassation, 1^{er} mai 1860.

(2) Montpellier, 6 avril 1859; Pont, 003.

espèce de droits? C'est là une question qui sort de notre sujet, et sur laquelle, dès lors, nous ne dirons que quelques mots, destinés à faire connaître en entier la situation du vendeur.

Et d'abord, peut-il demander la résolution de la vente, aux termes de l'art. 1654 du Code Napoléon? Je ne le crois pas, en présence de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855, lequel s'exprime ainsi : « L'action résolutoire établie par l'art. 1654 C. N. ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Qu'a voulu cet art. 7? Solidariser, comme a dit M. Rouher, le privilège du vendeur et son droit de résolution; ne plus permettre à un vendeur qui ne peut exercer son privilège de venir reprendre la chose, même dans le patrimoine de l'acheteur, au moyen de l'action résolutoire. Il est vrai que le privilège du vendeur n'est que paralysé : eh bien, l'action résolutoire sera paralysée (1). On nous objecte que l'art. 7 ne peut être invoqué par les créanciers purement chirographaires de l'acheteur, pas plus que par l'acheteur lui-même. Il faut tout au moins nous concéder que la masse d'un débiteur failli a acquis un droit réel, et, par suite, est dans les termes de l'art. 7, dès que le syndic a pris inscription de l'hypothèque conférée à la masse par l'article 490 C. C.; et nous allons même jusqu'à soutenir

(1) Duverger, *Des effets de la transcription relativement aux droits du vendeur*, p. 156. — Secus : Demangeat sur Bravard, V; p. 292, à la note; Aubry et Rau, II, 802; Mourlon, *De la transcription*, t. II, nos 817 et suiv., p. 440 et suiv.; Cassation, 1^{er} mai 1860; Grenoble, 24 mai 1860.

que la masse a un véritable droit réel *sui generis* du jour même de la déclaration de faillite; et la meilleure preuve, c'est que l'inscription des privilèges et hypothèques ne peut avoir lieu à partir de ce moment. Il faut donc décider que le vendeur perd le droit d'intenter l'action résolutoire par cela même qu'il ne peut exercer son privilège pour ne pas l'avoir publié à temps (1).

Si le vendeur ne peut plus transcrire au cas de faillite de l'acheteur, et, par suite, faire valoir son privilège et son action résolutoire, quels droits lui restent-ils? A ce sujet, deux opinions se sont formées : suivant une première (2), le vendeur ne peut plus transcrire, et, par suite, n'est pas créancier privilégié; mais il n'a pas besoin de cette garantie; la transcription n'ayant pas eu lieu, il est resté propriétaire vis-à-vis des tiers, et peut par conséquent revendiquer l'immeuble. — Cette opinion doit être rejetée (3); elle a le tort de se méprendre sur la véritable signification de la règle, que la transcription est nécessaire pour assurer la mutation de propriété à l'égard des tiers. Il faut reconnaître deux espèces de tiers, ceux qui traitent avec l'acheteur d'une part, et d'autre part ceux qui traitent avec le vendeur. L'acheteur devient propriétaire par le seul effet de la vente : 1° vis-à-vis de ses créanciers; 2° vis-à-vis de ses sous-acquéreurs;

(1) Lovellé, thèse de doctorat, p. 254, 255, *De la résolution pour inexécution des charges*.

(2) Pont, n° 263, — Voir sur cette question la savante dissertation de M. Duverger, *De l'effet de la transcription relativement aux droits du vendeur*, extrait de la *Revue pratique*, t. X et XVIII, en réponse à M. Valette.

(3) Grenoble, 13 mars 1858, Nancy, 6 août 1859; Cassation, 1^{er} mai 1860.

3° vis-à-vis du vendeur et des créanciers chirographaires du vendeur. La transcription n'est utile que vis-à-vis des tiers acquéreurs et des créanciers hypothécaires du vendeur. Voilà notre solution; les développements sont en dehors de notre sujet.

Il suit de là que le vendeur ne peut pas revendiquer l'immeuble dans la faillite de l'acheteur, et qu'il reste simple créancier chirographaire de ce dernier; c'est au vendeur, pour empêcher ce résultat, à retarder jusqu'au moment de la transcription l'effet du contrat intervenu entre lui et l'acheteur, en stipulant que la vente n'opèrera pas mutation de propriété au profit de l'acheteur tant que l'acte de vente n'aura pas été transcrit. — Remarquons aussi que si le vendeur n'a pas encore livré au moment où l'acheteur tombe en faillite, il a le droit de rétention.

SECTION II. — EFFETS DES PRIVILÈGES.

§ 1^{er}. — *Droit d'expropriation.*

En principe, il faut appliquer les règles déjà étudiées à propos des hypothèques conventionnelles. Il y a dérogation à ces règles ordinaires vis-à-vis du locateur d'immeubles, art. 450 C. Comm.

Le propriétaire locateur étant un créancier privilégié, peut faire saisir les meubles de son locataire, malgré le jugement qui l'a déclaré en faillite, pour se faire payer des loyers échus et même de ceux à échoir. — Pour que le locateur ait le droit de se faire payer par préférence, relativement aux loyers à échoir, nous supposons que les garanties sur lesquelles il pouvait légitimement compter pour le paiement de ces loyers se trouvent anéanties ou

diminuées. Si les meubles du locataire ne sont pas vendus et restent encore garnissant la maison louée, on doit dire que le bailleur ayant dans la présence des meubles une garantie suffisante, n'a pas privilège pour les loyers non échus. De même, si le locataire failli a fait cession par son syndic de son droit au bail à une personne qui laisse dans les lieux le même mobilier, de manière qu'il ne soit ni saisi ni vendu, il faut décider que le locateur n'a rien à demander et ne peut exercer aucune poursuite, quant à présent, en ce qui concerne les loyers à échoir (1). On nous objecte que par suite de la faillite la créance du bailleur devient actuellement exigible, 1188 C. N., 444 C. Comm. Nous avons déjà répondu à ceci que les créanciers privilégiés ou hypothécaires étaient en dehors des opérations de la faillite et ne pouvaient invoquer 444; il en est de même du locateur, qui ne pourra réclamer immédiatement paiement des termes à échoir que s'il y a diminution des sûretés de son droit. Peut-il donc se plaindre tant que les meubles du locataire sont là? Non, évidemment; puis, relativement à la créance du locateur pour les termes futurs, on peut dire que c'est plutôt une créance conditionnelle qu'une créance à terme, et par suite elle ne peut tomber sous 444. En effet, il n'est pas certain, au moment où commence l'exécution du bail, que le preneur doive jamais les loyers de la seconde ou de la troisième année; il est donc impossible de dire qu'il existe actuellement à la charge du créancier, pour toutes les années à échoir, une obligation positive et déjà vivante, dont l'exécution seule soit retardée. Le bail ren-

(1) Paris, 12 décembre 1861. — *Secus* : Paris, 2 mai 1857; Cassation, 7 décembre 1858; jugement du tribunal de Rennes, décembre 1864; Cassation, 28 mars 1865.

ferme par la force même des choses et par essence une véritable condition qui ne suspend pas seulement l'exigibilité, mais l'existence même de l'obligation du bailliste. Il la renferme sous la forme d'un terme : ceci ne change rien au principe, parce que la condition se retrouve nécessairement dans toute stipulation de terme qui laisse place en même temps à une incertitude sur la réalisation dans l'avenir de la cause génératrice de l'obligation (1).

Ceci posé, il est admis sans conteste que le locateur peut procéder à des voies d'exécution sur les meubles de son locataire en faillite; seulement, ce droit est limité quant à son exercice. Si le propriétaire pouvait, sans aucun délai, immédiatement après le jugement de faillite, s'attaquer à tous les biens meubles de son débiteur failli, comme cela était possible avant 1838, il en résulterait un grave préjudice pour tous les intéressés; la saisie faite par le locateur sur les marchandises du failli, sur les objets qui servent à son exploitation, interromprait forcément l'exploitation du fonds de commerce. Par suite de cette interruption l'achalandage serait perdu, et s'évanouirait alors la valeur de l'industrie du failli, qui est souvent à elle seule la totalité de l'actif d'une faillite, ou en constitue du moins la partie la plus claire et la plus liquide. Aussi la loi de 1838, art. 450 C. Comm., décide que pendant trente jours, à partir du jugement déclaratif, le bailleur devra cesser ses poursuites sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce du failli. Au bout de trente jours, le bailleur rentre complètement dans ses droits. Le législateur a imposé ce délai de suspension dans l'espoir que pendant

(1) Toullier, *Oblig.*, art. 1186, n° 2; Demangeat sur Bravard, V, p. 141, à la note.

ce temps le failli et ses créanciers pourraient se procurer les fonds nécessaires pour désintéresser le propriétaire (1); s'ils ne se procurent les fonds, le syndic pourra se faire autoriser à vendre des objets de la faillite jusqu'à concurrence de la somme nécessaire pour désintéresser le propriétaire.

De ce que cette suspension n'est introduite que dans le but de permettre la continuation du négoce, il en résulte que le bailleur peut, sans délai aucun, saisir les meubles personnels du locataire; que même, pendant ce délai de trente jours, il peut prendre des mesures conservatoires; ainsi, empêcher de dégarnir les lieux des objets qui s'y trouvent, et revendiquer les meubles qui auraient été déplacés sans son consentement, 2102-4° C. N.

Si le bail arrive à son terme, le bailleur peut alors saisir, même quand il n'y aurait pas trente jours à partir du jugement déclaratif; il rentre dans la maison louée en qualité de propriétaire par suite de la cessation du bail.

Pour exprimer cette idée très-juste, que le propriétaire dont le bail est expiré est affranchi de cette suspension des voies d'exécution, la loi dit : « Sans préjudice du droit qui serait acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués. » De ces expressions, on pourrait conclure, *mais à tort*, que, si le propriétaire non payé des termes échus avait formé une demande en résiliation avant le jugement déclaratif, il n'y aurait pas lieu à la suspension de trente jours, parce que les jugements rétroagissent au jour de la demande, il serait censé avoir

(1) Rapport de M. Quenault au nom de la seconde Commission de la Chambre des Députés.

acquis dès ce jour-là le droit de reprendre possession des lieux. En effet, un contrat, sauf convention expresse (1134 C. N.), n'est jamais résolu de plein droit pour inexécution des obligations; le jugement du tribunal est constitutif de la résolution même, et les juges peuvent accorder un délai, jusqu'à l'expiration duquel l'exécution est possible. (1184 C. N.) Donc, tant que le jugement constitutif de la résolution n'est pas prononcé, le propriétaire n'a pas droit acquis à reprendre possession des lieux loués.

Quid si le bail porte qu'à défaut de paiement d'un terme de loyer il sera résolu de plein droit? Art. 1656 C. N. par analogie, il faut néanmoins, sauf une stipulation des plus expresse, une sommation faite au locataire, et ce n'est qu'après cette sommation non suivie d'effet que la résolution a lieu; une fois la sommation faite, plus de délai possible de la part du tribunal. Si cette sommation a été faite par le propriétaire avant le jugement de faillite, il a droit acquis à reprendre possession des lieux loués, et la suspension de trente jours ne s'applique pas ici; ce cas, ainsi que celui où la résolution devrait avoir lieu de plein droit, même sans sommation, par le seul défaut de paiement d'un terme de loyer, doit être assimilé à celui où le bail serait expiré. C'est ce qui résulte, du reste, de l'art. 450, *sans préjudice du droit qui serait acquis au propriétaire de reprendre possession des lieux loués*. Si la sommation n'est faite que depuis le jugement déclaratif, elle sera valable, seulement le bailleur devra attendre que trente jours aient couru depuis ce jugement pour procéder à des actes d'exécution; il est ici dans le cas de 450, il n'a pas droit acquis à reprendre possession des lieux loués.

De toutes ces explications, il résulte donc que le bail

n'est pas résolu de plein droit par cela seul que le preneur est déclaré en faillite (1).

§ 2. — *Droit de préférence.*

Le créancier privilégié a droit de préférence et pour le capital et pour les intérêts. La difficulté relative à la combinaison des art. 445 C. C., 2151 C. N., avec 448 C. Comm., existe-t-elle à propos des privilèges?

Quant aux privilèges valant indépendamment de toute inscription, la question ne naît pas; le créancier pouvant réclamer le capital a aussi, par cela même, droit à tous les intérêts de sa créance.

S'il s'agit de privilèges qui ne produisent effet que par l'inscription, pour les auteurs qui admettent la restriction de 2151 en notre matière, la difficulté existe toute entière et doit être tranchée de la même façon. Pour nous, pas de difficulté possible; nous n'appliquons pas 2151 C. N., et, par suite, l'inscription du capital faite en temps utile conservera tous les intérêts et les conservera privilégiés. En effet, l'art. 2151 est une dérogation à ce principe que les intérêts d'une créance en forment un accessoire et sont de même nature, et par suite doivent participer aux mêmes avantages et être régis par les mêmes règles; les dérogations sont de droit étroit. L'art. 2151 ne parlant que des intérêts des créances hypothécaires, ne peut être étendu aux intérêts des créances privilégiées. Du reste, c'était là le principe admis par l'ancienne jurisprudence, à laquelle le Code ne paraît pas avoir dérogé. Le système contraire scinde l'effet des privilèges et transforme les intérêts de plus de

(1) Rennes, 3 décembre 1858; Cassation, 4 janvier 1860.

deux ans et de l'année courante au rang de simples hypothèques, transformation que la loi n'admet que dans le cas où le privilège n'a pas été dûment conservé (1).

§ 3. — *Droit de suite.*

Le droit de suite n'est modifié en quoi que ce soit par la faillite du débiteur.

CHAPITRE V.

De l'antichrèse.

L'antichrèse est le nantissement d'un immeuble que le débiteur remet au créancier pour que celui-ci en touche les revenus, à la charge de les imputer sur ce qui lui est dû en intérêts et capital. (Voir art. 2085 et suiv. du C. N.)

L'ancien Code de Commerce avait complètement passé sous silence ce droit réel; la nouvelle loi, plus juste en cela que l'ancienne, applique à l'antichrèse la distinction que nous avons indiquée pour les hypothèques conventionnelles. Est-elle née *in-continenti*, en même temps que la créance qu'elle garantit, elle naît valable, sauf 447; est-elle créée après coup, vient-elle se rattacher à une ancienne créance, elle est nulle de plein droit (art. 446), si elle est accordée depuis les dix jours anté-

(1) Pont, n^o 192; Duranton, XIX, 160; XX, 152; Aubry et Rau, II, p. 857; Cassation, 5 mars 1816; Cass. ch. réunies, 1^{er} mai 1817; Paris, 31 janvier 1818; Bourges, 23 mai 1829; Paris, 7 décembre 1831; civ. rej., 8 juillet 1834; req. rej., 11 mai 1863. — *Secus*: Delvincourt, III, p. 339 et 340; Persil sur 2151, n^o 8; Grenier, I, 103; Rodière, *Rev. de législation*, I, p. 233; Nîmes, 12 décembre 1811.

rieurs à la cessation des paiements; car il est évident que le créancier à qui cette sûreté est accordée jouit d'une faveur que n'ont pas les autres créanciers, faveur qui est préjudiciable aux intérêts de la masse.

L'antichrèse n'a d'effet à l'égard des autres créanciers du débiteur qu'autant qu'elle est constatée par un acte ayant date certaine, et cela pour qu'il ne soit pas permis à un débiteur d'antidater un contrat constitutif d'antichrèse au préjudice de ses autres créanciers; cette date certaine peut être donnée jusqu'au jugement déclaratif.

Les créanciers du failli ne peuvent ni contraindre le créancier antichrésiste à délaisser l'immeuble qui lui a été remis avant de l'avoir complètement désintéressé, ni en saisir les fruits à son préjudice.

Si le créancier sur antichrèse poursuit lui-même la vente de l'immeuble, et il le peut malgré le jugement de faillite (art. 445), ou si lors de l'expropriation poursuivie par les syndics il consent à délaisser l'immeuble, il n'a aucun droit de préférence sur le prix.

La loi du 23 mars 1855, art. 2, exige la transcription du contrat constitutif d'antichrèse; cette transcription ne peut avoir lieu après le jugement déclaratif, en vertu de ce principe que le dessaisissement qui résulte pour le failli du jugement déclaratif constitue, au profit de ses créanciers, une sorte de droit réel *sui generis* qu'on ne peut diminuer. Maintenant, la transcription est possible avant le jugement déclaratif, et ne saurait tomber sous l'application de 448-2°, qui ne parle que des inscriptions, et pas des transcriptions (1).

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 296, à la note.

CHAPITRE VI.

Du gage.

Le gage, c'est le nantissement d'une chose mobilière (1). D'après la loi civile, le créancier gagiste a le droit d'être payé par préférence sur le prix de la chose à lui engagée; il a donc un véritable privilège, comme dit l'art. 2073 C. N. Ce privilège diffère de tous les autres privilèges et se rapproche au contraire des hypothèques conventionnelles, en ce qu'il est indépendant de la qualité de la créance et peut être constitué pour sûreté de toute espèce de créances; on peut donc dire que c'est plutôt une véritable hypothèque sur meubles.

SECTION PREMIÈRE. — VALIDITÉ.

De ce que nous venons de dire, il s'ensuit que la distinction admise par l'art. 446 est aussi vraie pour le gage que pour l'hypothèque conventionnelle. Donc le nantissement mobilier créé depuis les dix jours qui précèdent la cessation de paiements est nul de droit (art. 446) s'il se rattache à une créance antérieurement contractée; il est au contraire valable s'il vient garantir une créance dès qu'elle est née, sauf 447.

Si c'est une chose corporelle, excédant la valeur de 150 fr., qui a été donnée en gage par le débiteur aujourd'hui en faillite, l'art. 2074 C. N. exige que l'acte ait reçu date certaine. Cette condition a pour objet de pré-

(1) L'art. 446 a tort de dire : *antichrèse ou nantissement*; il fallait dire : *ou gage*, ou ne mettre que *nantissement*.

venir les fraudes qu'il serait facile de pratiquer au moyen d'actes antidatés. Sans cette formalité, c'eût été vainement que la loi eût annulé le gage consenti dans les dix jours qui précèdent la faillite, pour une dette antérieure à cette époque.

Cette date certaine peut-elle être acquise à toute époque après le jugement déclaratif? Non, puisqu'il y a immobilisation de la situation des créanciers. Depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents? Oui, sans aucun doute, si la dette que garantit le gage vient d'être créée. Mais s'il s'agit d'une dette antérieurement contractée, nous croyons ici que la date certaine ne peut plus être donnée, parce que le gage n'existe pas vis-à-vis des tiers tant que l'écrit qui le constate n'a pas reçu date certaine. La créance étant antérieure aux dix jours, le gage ne peut plus prendre naissance à partir de cette époque, en vertu même de l'art. 446.

Si c'est un droit de créance qui a été donné en gage au créancier, l'acte constitutif du gage doit être enregistré, et de plus, art. 2075 C. N., il doit être signifié au débiteur cédé, ou il doit y avoir acceptation faite par le débiteur dans un acte authentique. — Si le débiteur a engagé cette créance en garantie après coup, pour sûreté d'une dette déjà existante, l'acte constitutif de gage, nous venons de le voir, doit, pour échapper à 446, avoir reçu date certaine avant les dix jours. Mais est-ce suffisant, ne faut-il pas, en outre, que la signification du transport ait été faite au débiteur avant ces mêmes dix jours? La question est, suivant nous, très-bien résolue par un arrêt de la Chambre des Requêtes de la Cour de Cassation, du 19 juin 1848. Cet arrêt distingue avec soin deux cas : le premier est celui où le débiteur, qui

a d'abord emprunté sans donner de garantie au prêteur, lui a ensuite engagé sa créance, de telle sorte que cette constitution de gage a eu lieu depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents; alors le transport en garantie est nul de plein droit (446), et la question de signification ne se soulève même pas.

Le second cas est celui où le débiteur, dans un seul et même acte, ou dans deux actes successifs antérieurs l'un et l'autre aux dix jours qui précèdent la cessation de paiements, a emprunté une somme et engagé un droit de créance au prêteur. Dans ce cas, l'art. 446 ne doit pas être appliqué, alors même que le créancier gagiste n'aurait signifié le transport que depuis la cessation de paiements, ou dans les dix jours antérieurs (1). Pourquoi la signification d'un nantissement valablement consenti serait-elle défendue avant le jugement déclaratif de faillite?

Puisque la loi ne fait pas obstacle à l'inscription, jusqu'au jugement déclaratif de faillite, des droits d'hypothèque et de privilège antérieurement acquis, il n'y a pas de raison pour qu'elle fasse obstacle à la signification, jusqu'à cette époque, d'un nantissement antérieurement opéré. La signification, en effet, de même que l'inscription, n'est pas l'œuvre du failli, elle est faite par le créancier cessionnaire de la créance, et cela démontre que la signification, dès qu'elle est faite en temps utile, ne forme que le complément du nantisse-

(1) Aubry et Rau, II, p. 308; Demangeat sur Bravard, V, p. 249, à la note; Demolombe, *Donations*, III, p. 278; Cassation, 4 janvier 1847; req. rej., 19 juin 1848. — *Secus*: Montpellier, 13 janvier 1845; Massé, t. IV, n° 2891, dont l'opinion est réfutée d'une manière si énergique par M. Demangeat, V, p. 250, à la note.

ment qui doit être considéré comme valable *ut ex tunc*. La doctrine contraire ne tend à rien moins qu'à soutenir que le failli est dès avant le jugement de la faillite, et déjà dans les dix jours qui la précèdent, dessaisi de l'administration de ses biens. Ce qui est expressément contraire au texte même de l'art 443 du Code de Commerce.

Cette signification du transport en garantie ne devra même pas être annulée si, faite depuis les dix jours antérieurs à la cessation des paiements, elle a eu lieu plus de quinze jours après l'acte constitutif du gage. En effet, l'art. 448, qui contient une pareille disposition pour les privilèges et hypothèques, ne contient rien de pareil pour la signification tardive du nantissement (1).

SECTION II. — EFFETS DU GAGE.

Le créancier gagiste, de même que le créancier hypothécaire, peut exécuter son débiteur failli (art. 445), sauf toujours qu'au cas où les créanciers se constituent en état d'union, il ne peut commencer de nouvelles poursuites.

La difficulté qui consiste à concilier 445 et 2151 avec 448 ne naît pas ici, puisque le créancier gagiste a, sans avoir besoin de prendre une inscription spéciale, privilège et préférence pour tous les intérêts de sa dette, en tant qu'il s'attaque à l'objet qui lui a été remis en gage.

(1) Cassation, 19 mars 1848.

APPENDICE.

Acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur.

Il est une situation qui doit être rapprochée de la faillite du débiteur : c'est le cas où, le débiteur étant mort, sa succession n'est acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Alors, comme au cas de faillite, la loi édicte certaines dispositions de rigueur à l'encontre des créanciers privilégiés et hypothécaires.

Une fois que la succession du débiteur est acceptée sous bénéfice d'inventaire, plus d'inscription possible, dit l'art. 2146 C. N. Pourquoi donc? Partant de cette idée, qu'une acceptation bénéficiaire fait présumer l'insolvabilité de la succession, le législateur a voulu éviter des fraudes à l'encontre des autres créanciers du débiteur commun, ou punir les fautes de ceux qui, n'inscrivant pas, ont laissé croire que le patrimoine du débiteur était libre. Les créanciers voisins du lieu où la succession s'est ouverte, ou avertis les premiers de l'existence du danger, se seraient hâtés de s'y soustraire en s'inscrivant au préjudice des créanciers plus éloignés ou non instruits de l'acceptation bénéficiaire; puis, on peut dire que le défunt dont la succession n'est acceptée que de cette manière n'a pas de représentant passif, et que son patrimoine forme le seul gage de ses créanciers.

S'il y a eu néanmoins inscription prise, ce n'est pas une nullité laissée à l'appréciation du magistrat, c'est une nullité absolue de plein droit. L'inscription de toute hypothèque prise après l'ouverture de la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire doit être assimilée à

l'inscription prise après le jugement déclaratif plutôt qu'à l'inscription prise dans l'intervalle de la cessation des paiements au jugement déclaratif : elle est donc nulle de plein droit. Ici (1), l'art. 2146 est complètement en vigueur ; et il est beaucoup trop rigoureux en refusant aux créanciers hypothécaires tout délai à compter de l'acquisition de leurs droits, dans lequel ils pourraient s'inscrire utilement, quand même l'ouverture de la succession arriverait dans ce délai. La loi est d'autant plus rigoureuse qu'il importe peu que les inscriptions soient antérieures ou postérieures à l'acceptation bénéficiaire ; l'acceptation bénéficiaire, une fois intervenue, rétroagit, et les inscriptions prises dans l'intervalle entre la mort du *de cuius* et la déclaration faite au greffe par son héritier tombent sous l'application de l'art. 2146, aussi bien que les inscriptions qui n'ont eu lieu que depuis cette dernière époque (2).

L'acceptation bénéficiaire, pas plus que la faillite, n'est un obstacle au renouvellement des inscriptions déjà prises. La loi ne veut pas qu'un créancier puisse changer sa position au préjudice des autres créanciers, mais elle ne lui défend pas de conserver celle qu'il avait antérieurement ; cela ne modifie en rien la situation respective des créanciers.

Notre art. 2146 s'applique-t-il à toutes les sûretés réelles ? Il s'applique évidemment aux hypothèques conventionnelles, judiciaires, légales, de l'état, des communes et des établissements publics ; il empêche les inscriptions d'intérêts (2151) aussi bien que l'inscription du capital, car il ne distingue pas, et d'ailleurs le motif qui l'a dicté

(1) Voir M. Jules Tambour, *Du bénéfice d'inventaire*, p. 299.

(2) Pont, n° 918 ; Troplong, III, 658 *ter* ; Aubry et Rau, II, p. 779

existe dans toute sa force : il y a fraude possible au préjudice des autres créanciers pour une créance d'intérêts comme pour le capital lui-même (1).

En ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription, l'art. 2146 ne saurait avoir d'application, sauf depuis la loi du 23 mars 1855; la veuve après l'année suivant le décès de son mari ou le mineur devenu majeur, après l'année de sa majorité, si le tuteur est mort pendant cette année, ne peuvent plus prendre inscription si la succession du mari ou du mineur n'a été acceptée que sous bénéfice d'inventaire (2).

Quelle est l'influence de l'art. 2146 sur les privilèges?

Quant aux privilèges qui ne sont pas soumis à la formalité de l'inscription, ils peuvent être invoqués contre les créanciers aussi bien après qu'avant la mort du débiteur.

Quid des privilèges qui ne prennent effet que par l'inscription? Ils ne peuvent pas être inscrits après l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur. Ainsi, le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit ou transcrit, puisque la transcription vaut ici inscription. Si donc le *de cuius* a acheté un immeuble la veille de sa mort, la transcription faite le lendemain se trouvera n'avoir pas conservé le privilège du vendeur, la succession étant ensuite acceptée sous bénéfice d'inventaire (3); de plus, le vendeur ne peut user de l'action résolutoire, puisque, depuis la loi du 23 mars 1855, l'action résolutoire ne peut pas survivre au privilège du vendeur. Quant au co-

(1) *Secus* : Aubry et Rau, II, 781, 860; Paris, 16 novembre 1828.

(2) *Sic* : Jugement du tribunal civil de Rennes, juin 1860.

(3) Aubry et Rau, II, p. 801; Demangeat sur Bravard, V, p. 294 à la note. — *Secus* : Besançon, 14 décembre 1861.

partageant, il ne se trouvera, suivant nous, compromis par l'art. 2146 que si le délai de soixante jours depuis son acte de partage est déjà écoulé (1). L'art. 2146, voulant punir la faute du créancier, ne peut frapper le copartageant qui n'est pas en faute tant qu'il est dans le délai que la loi lui a accordé.

L'art. 2146 ne prohibe que les inscriptions, et par suite ne saurait s'appliquer au gage et à l'antichrèse. D'ailleurs, il n'y a assimilation de la faillite et de l'acceptation bénéficiaire de la succession du débiteur qu'au point de vue des hypothèques et des privilèges. Disons aussi que l'acceptation bénéficiaire ne forme pas obstacle aux inscriptions à prendre sur des immeubles dont le défunt était tiers détenteur, ni à celles à requérir pour les dettes à lui personnelles sur des immeubles qu'il avait aliénés (2).

Il nous reste à voir si cette déchéance de l'art. 2146 a lieu dans le cas où, à raison de la condition personnelle des héritiers, ainsi des mineurs, la succession n'a pu être acceptée que sous bénéfice d'inventaire. Ici, l'acceptation bénéficiaire, peut-on dire, ne fait pas présumer l'insolvabilité; c'est vrai. Mais ou le *de cuius* est mort solvable, et alors peu importe au créancier qu'il n'ait pas hypothèque; ou le *de cuius* était insolvable, on est alors rigoureusement dans l'hypothèse où 2146 a voulu réprimer la fraude (3).

Nous en dirons autant du cas où une succession étant échue à plusieurs héritiers, les uns acceptent purement

(1) Aubry et Rau, II, p. 806.

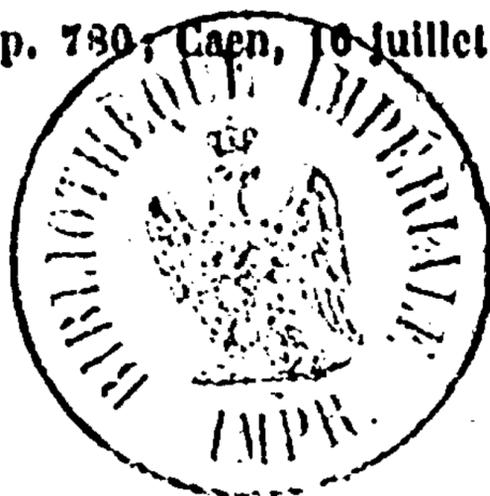
(2) Pont, n° 928; Aubry et Rau, II, p. 781; Mourlon, p. 649, III.

(3) Aubry et Rau, II, p. 779; Pont, n° 917; Toulouse, 2 mars 1826; Bordeaux, 24 juin 1826. — *Secus* : Grenier, I, 122.

et simplement, et les autres sous bénéfice d'inventaire; par cela même qu'un seul héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire, il y a présomption d'insolvabilité, et par suite pas d'inscription possible. (Art. 2146.)

Il va sans dire que toutes ces déchéances disparaissent si l'héritier qui avait accepté sous bénéfice d'inventaire est déclaré héritier pur et simple, car l'héritier déchu du bénéfice d'inventaire est censé avoir été toujours héritier pur et simple (1).

(1) Pont, n° 920; Aubry et Rau, II, p. 780; Caen, 10 juillet 1834.





QUESTIONS CONTROVERSEES.

DROIT ROMAIN.

1° La loi 101, *De verb. oblig.* (D., liv. 45, tit. 1), et la loi 3, *De in integ. restitutione* (C., liv. 2, tit. 22); peuvent se concilier au moyen d'une distinction historique.

2° Le fisc n'a pas d'hypothèque privilégiée quand il traite comme un particulier.

3° La loi 13, *De donationibus* (D., liv. 39, tit. 5), et la loi 37, § 6, *De acq. rer. dom.* (D., liv. 41, tit. 1), ne peuvent se concilier.

4° Suivant la plupart des jurisconsultes, dont l'opinion me paraît préférable, le possesseur de bonne foi, qui a amélioré le fonds, ne peut réclamer l'indemnité à laquelle il a droit que par voie d'exception.

5° La compensation est judiciaire, et non légale.

DROIT FRANÇAIS.

Code Napoléon.

1° A l'exception de certains droits exclusivement réservés aux Français, les étrangers jouissent en France de tous les droits civils.

2° La possession d'état prouve d'une manière complète la maternité naturelle, mais elle ne prouve pas du tout la paternité.

3° Les servitudes discontinues ne peuvent pas s'acquérir par prescription, même avec un titre émané *a non domino*.

4° L'acceptation bénéficiaire n'emporte pas de plein droit séparation des patrimoines.

5° La donation cumulative de biens présents et à venir ne renferme pas deux donations, l'une de biens présents, l'autre de biens à venir; elle est une donation spéciale.

6° La donation de biens présents faite entre époux pendant le mariage est une donation entre-vifs, sauf la faculté de révoquer qui appartient à l'époux donateur.

7° Le paiement avec subrogation éteint la créance et ses accessoires dans les rapports du créancier et du subrogé, mais les laisse subsister dans les rapports du subrogé et de tous autres.

8° La femme qui accepte la communauté n'a pas hypothèque sur les conquêts de communauté.

9° En cas de plusieurs ventes successives, le tiers acquéreur doit faire transcrire tous les contrats qui ont précédé le sien.

10° La femme qui s'oblige solidairement avec son mari vis-à-vis d'un créancier chirographaire ne renonce pas par cela même à son hypothèque légale.

Procédure Civile.

La réintégrande, aussi bien que la complainte, exige les conditions de l'art. 23, et notamment la possession annale.

Droit Criminel.

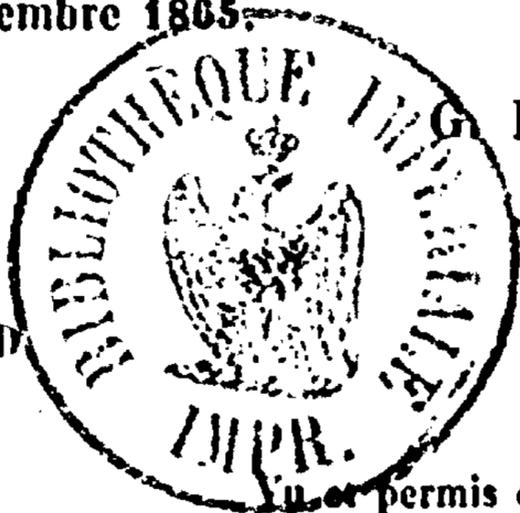
Une femme accusée d'infanticide, et acquittée par la Cour d'Assises, ne peut être traduite devant la juridiction correctionnelle pour homicide par imprudence.

Droit Administratif.

L'art. 75 de la Constitution du 22 frimaire an VIII ne s'applique pas aux ministres des cultes, qui peuvent, dès lors, être poursuivis directement sans autorisation du Conseil d'État.

Rennes, ce 11 décembre 1865.

Visé par le Doyen,
TH. BIDARD



DE CAQUERAY.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie, A. MAGIN.

