

ques et privilèges, voulait que l'inscription fit connaître la date du titre, le montant des capitaux et accessoires. L'art. 19 portait : « Le créancier inscrit pour un capital » produisant des intérêts a droit de venir pour deux » années d'arrérages au même rang d'hypothèque que » pour son capital. »

De la combinaison de ces dispositions, quelques personnes concluaient que le vendeur n'avait droit de venir au rang du capital que pour deux années d'arrérages seulement, et qu'on ne pouvait plus voir comme autrefois la masse des créances s'augmenter d'intérêts accumulés pendant une longue suite d'années ; on disait que la loi avait voulu que l'on pût connaître la véritable position de chaque propriétaire, ce qui eût été impossible si le vendeur eût laissé les années d'intérêts s'agglomérer à l'insu des tiers ; qu'il fallait donc que lorsque le vendeur avait laissé arrérer plus de deux années d'intérêts, il requît une inscription ; que même alors il ne devait prendre rang qu'à dater de l'accomplissement de cette formalité.

Le Code Napoléon vint remplacer le Code hypothécaire de l'an vii par un système différent sous plusieurs rapports, mais basé sur le grand principe de la publicité. Il est même à remarquer qu'il répéta dans les art. 2108, 2148, n° 4, 2151, les dispositions des articles 17 et 19 de la loi du 11 brumaire an vii.

En effet, d'après le Code Napoléon comme d'après la loi de brumaire, le vendeur, pour conserver son privilège, doit faire transcrire, et le conservateur doit prendre inscription d'office ; le vendeur peut aussi, au lieu de faire transcrire, prendre lui-même inscription (1).

D'après le Code Napoléon comme d'après la loi de brumaire, l'inscription doit contenir le montant des capitaux et accessoires (2).

Enfin, d'après le Code Napoléon, il est dit que le

(1) V. *infra*, sous l'art. 2108, n° 285.

(2) Art. 2148, n° 4.

créancier inscrit pour un capital produisant intérêt n'a droit d'être convoqué que pour deux années d'arrérages seulement et pour l'année courante, au même rang d'hypothèque que pour son capital ; et cette disposition est conforme à celle de la loi de brumaire, si ce n'est que cette dernière ne donnait collocation que pour deux années, au lieu que le Code Napoléon y joint l'année courante (1).

Il y a donc conformité à peu près parfaite, sur ce point, entre les deux régimes, et de là il est arrivé que l'interprétation donnée par quelques personnes à la loi de brumaire s'est reproduite sous le Code Napoléon ; la Cour de Nîmes a même rendu, le 12 décembre 1811, un arrêt qui décide que le vendeur n'a droit qu'à deux années d'arrérages, outre l'annuité courante (2).

Mais cette interprétation, basée sur une mauvaise intelligence de la loi, n'a pas eu un long crédit ; on en a senti les vices, et la Cour de cassation l'a repoussée d'une manière solennelle, comme je vais le dire à l'instant.

En effet, le vendeur est privilégié pour le prix ; et par le mot prix, on ne peut nier que la loi n'entende le principal et les intérêts. C'est en ce sens que cette expression était prise par les jurisconsultes anciens, et rien ne prouve que le Code ait voulu la restreindre au capital seulement ; au contraire, l'art. 1632 dit que l'acheteur doit l'intérêt du prix jusqu'au paiement du capital, si la chose vendue produit des fruits et autres revenus, et sans qu'il soit besoin de stipulation à cet égard. En effet, les intérêts, dans ce cas, représentent les fruits, c'est-à-dire l'utilité de la chose vendue.

Il suit de là que l'accessoire doit suivre la condition du principal, que par conséquent les intérêts doivent ac-

(1) Art. 2151.

(2) Dalloz, Hyp., p. 55, note 1. Sirey, 13, 2, 576. — *Junge* M. Rodières, *Revue de législation*, t. 1, p. 253 et Rennes, 2 avril 1814 ; Angers, 12 juillet 1816 (Sirey, 17, 2, 93). Mais ces deux derniers arrêts ont été cassés. V. *infra*.

compagner le prix dans le rang de préférence qu'il occupe. Voilà la règle : il faut s'y conformer, à moins que la loi n'y ait expressément dérogé.

Qu'a fait le Code Napoléon ? En ce qui concerne les créances hypothécaires produisant intérêt et soumises à inscription, son langage est précis et clair : il confirme la règle en partie, il la modifie en partie.

Il la confirme en partie, puisqu'il donne à deux ans d'intérêts et à l'année courante le même rang que le principal. Il ne dispose certainement ainsi que parce que les intérêts sont un accessoire qui suit le sort du principal.

Mais il la modifie en partie, en ce qu'il la limite à deux ans d'intérêts et à l'année courante, et que pour le surplus, il place les intérêts à un autre rang. Telle est la disposition de l'art. 2151 du Code Napoléon, telle était aussi celle de l'art. 11 de la loi du 11 brumaire an VII (1).

Or, cette restriction aux principes généraux ne doit pas s'étendre hors de son cas textuel. C'est ainsi que l'on s'accorde à dire que l'art. 2151, ne parlant que des hypothèques sujettes à inscription, reste étranger aux hypothèques des mineurs (2).

Toute la question est donc de savoir si l'art. 2151, de même que l'art. 19 de la loi du 11 brumaire an VII, parle du privilège du vendeur, et prétend le limiter.

Eh bien ! la seule lecture de ces deux textes de lois prouve qu'ils ne sont applicables qu'aux hypothèques, et non aux privilèges.

S'ils restreignent les intérêts à deux années seulement, ou à deux années et à l'année courante, c'est seulement

(1) Je ne puis admettre l'opinion de M. Delvincourt, qui prétend que l'art. 2151 fait exception aux *principes généraux*, non en tant qu'il limite le rang des intérêts à deux ans, mais en tant qu'il place ces deux ans sur la même ligne que le capital. T. 3. p. 340, notes. Il suivrait donc de là que les intérêts ne seraient pas accessoires du principal !

(2) *Infrà*, n° 701.

pour les créances hypothécaires, puisqu'ils disent que les intérêts sur lesquels ils statuent *auront même rang d'hypothèque que les capitaux*. Or, le capital réclamé par le vendeur n'a pas un simple rang par hypothèque, mais un rang par privilège. Il est colloqué à la date du contrat de vente, et non au jour de la transcription ou de l'inscription. Les intérêts dans ce cas ne sont donc l'objet d'aucune exception : ils doivent rester dans les règles du droit commun, et il faut en revenir aux principes de l'ancienne jurisprudence, à laquelle le Code n'a rien changé expressément.

On parle beaucoup, dans le système contraire, de la publicité et de l'intérêt des tiers à connaître les intérêts dûs ; mais ce n'est là qu'une illusion (1). En effet, la publicité du privilège n'a pas été introduite en faveur des créanciers hypothécaires de l'acquéreur. Car le privilège peut n'être inscrit qu'au dernier moment (2) ; et alors, quoiqu'il ne soit connu que postérieurement à l'inscription de toutes les créances hypothécaires, néanmoins il les prime sans difficulté. Les créanciers hypothécaires ne peuvent donc se plaindre qu'on alloue au vendeur tous les intérêts échus ; ils ne peuvent dire que, s'ils avaient su que la créance capitale fût augmentée d'intérêts aussi considérables, ils n'auraient pas traité avec l'acquéreur. C'est là une chose que la loi n'oblige pas à leur faire connaître, puisqu'elle maintient l'utilité du privilège, pourvu que le privilège soit inscrit au dernier moment.

Pourquoi donc faut-il que le privilège soit rendu public ? C'est pour purger la propriété et assurer le repos des tiers acquéreurs, mais nullement pour éclairer les créanciers hypothécaires de celui qui a acheté.

Au surplus, d'après l'art. 1654 du Code Napoléon, le vendeur non payé des intérêts pourrait demander la ré-

(1) *Infra*, n° 267.

(2) Art. 834 du Code de procédure civile.

solution de la vente. Ne serait-il pas contradictoire qu'il ne fût pas privilégié sur le prix pour ces mêmes intérêts?

Ce sont ces raisons puissantes qui ont déterminé la Cour de cassation à annuler un arrêt de la cour de Rennes du 2 avril 1814, qui avait décidé que le vendeur n'était privilégié que pour deux années d'intérêt. Cet arrêt de la Cour suprême, en date du 5 mars 1816, fut précédé d'un réquisitoire de M. Mourre, procureur général, où les principes furent développés avec une grande force de logique. Néanmoins l'affaire ayant été renvoyée à la cour d'Angers, cette cour crut devoir adopter la doctrine de la cour de Rennes. Mais un nouvel arrêt de la Cour de cassation, rendu le 1^{er} mai 1817, sous la présidence du garde des sceaux et sections réunies, cassa la décision de la cour d'Angers; et la cour de Paris, saisie du renvoi, mit fin à cette longue lutte en se rangeant à l'opinion de la Cour de cassation (1).

Cette jurisprudence me paraît seule conforme au texte de la loi et même à son esprit, qui, il faut le dire, est resté indifférent sur les droits des créanciers de l'acquéreur, et les place à l'égard du vendeur dans un système d'où la publicité est, pour ainsi dire, exclue. Je sais toutes les critiques qu'on peut adresser à un pareil système. Mais elles ne peuvent être dirigées que contre le législateur : la jurisprudence est exempte de reproches; car son rôle est d'appliquer les lois, lors même qu'elles sont imparfaites, et non de les refaire.

Au surplus, les considérants des deux arrêts de la Cour de cassation sont la meilleure réponse aux doutes de M. Grenier (2) et à l'opinion contraire de M. Persil (3) et de M. Delvincourt (4). On peut considérer ce

(1) Sirey, t. 16, 1, 171, 17, 1, 199. Dalloz, Hyp., 56, 57. — L'arrêt de la cour de Paris est du 31 janvier 1818.

(2) T. 1, n° 103.

(3) Art. 2151, n° 8.

(4) T. 3, p. 359, notes, n° 10.

point de jurisprudence comme définitivement fixé (1).

220. Le même privilège qui est accordé au vendeur pour le principal et les intérêts s'étend-il également aux frais de contrat de vente et à ceux de transcription que le vendeur aurait pu avancer?

M. Grenier enseigne l'affirmative (2), parce que, dit-il, ce sont des accessoires du prix. Mais cette opinion paraît inadmissible à M. Dalloz (3), qui pense que c'est donner une extension arbitraire au mot *prix* (4).

On ne peut nier que, lorsque le vendeur a fait l'avance des loyaux-coûts, l'acheteur ne soit tenu de les lui rendre *ex vendito* (5). D'un autre côté, on appelle *prix* tout ce que l'acheteur débourse pour obtenir la jouissance de la chose. « *Pretium rei*, disent Godefroi et Socin (6), *sunt* » *propter rem habendam et adquirendam impensa*. » Les loyaux-coûts font donc partie du prix, et ce n'est pas là forcer le sens des mots.

Dira-t-on que rien n'obligeait le vendeur à faire ce déboursé; que c'est là une sorte de prêt bénévole qu'il a fait à l'acquéreur, seul chargé des loyaux-coûts; que d'ailleurs, en ce qui concerne le vendeur, le prix n'est que ce qui doit entrer directement dans ses mains en

(1) Dalloz, Hyp., p. 49. Favard, Inscript., Hyp., sect. 7, n° 12. Arrêt de Bourges du 23 mai 1829 (Dalloz, 30, 2, 32). Arrêt de Paris du 7 décembre 1831 (Sirey, 32, 2, 129). Arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1834 (Sirey, 34, 1, 504. Dalloz, 34, 1, 309). Arrêt de Bordeaux du 23 avril 1836 (Dalloz, 36, 2, 146. Sirey, 36, 2, 476). — *Sic* MM. Zachariæ, t. 2, p. 200, et Duranton, t. 16, n° 342, et t. 19, n° 160 *bis*.

(2) T. 2, n° 384.

(3) Hyp., p. 49, n° 8. — *Junge* Duranton, t. 19, n° 162, et Persil, art. 2103, § 1, n° 3.

(4) Et c'est ce qu'ont jugé la cour de Caen par arrêt du 7 juin 1837 (Sirey, 37, 2, 409. Dalloz, 37, 2, 144), et la cour de Paris par arrêt du 10 mars 1849 (J. du Pal., 1849, t. 1, p. 554).

(5) L. 16, C. *De act. empt. et vendit.* Pothier, Pand., t. 1, n° 91 et 97, p. 531, 532.

(6) Godefroy, sur la loi 40, § 1, D. *De cond. et demonst.*, note n. V. mon Comm. de la Vente, t. 2, n° 596.

indemnité de ce qu'il livre, et non de ce qui doit passer entre les mains du fisc?

On répond à cela que le vendeur a intérêt à avoir un titre qui assure sa créance, et qui le mette à même d'obtenir le paiement du prix; que la transcription est également dans son intérêt, puisqu'elle est un moyen de rendre son privilège public (1); que l'accomplissement de ces formalités est donc un devoir que l'acquéreur contracte envers lui, et que ce dernier doit en payer les frais à la décharge du vendeur; que s'il manque à cette obligation, le vendeur, forcé de faire l'avance des loyaux-coûts, en devient créancier direct envers l'acquéreur; qu'enfin l'acquittement de ces frais, laissé au compte de l'acheteur, et leur importance présumée, ont été pris en considération pour la fixation du principal; que, sous tous ces rapports, le mot *prix* se trouve renfermé dans sa valeur exacte, et qu'il n'y a rien que de juste dans le privilège accordé au vendeur pour le remboursement de pareils accessoires (2).

221. Mais il faut décider avec M. Grenier (3) que le vendeur ne peut avoir de privilège pour les dommages et intérêts résultant de l'inexécution du contrat de vente. Ces dommages et intérêts sont hors du prix et de l'exécution de l'obligation principale. Ils donnent lieu seulement à une action personnelle non privilégiée (4).

222. Je viens au droit de demander la résolution qui appartient au vendeur.

J'ai retracé plus haut les principes sur ce point (5). Je me borne à remarquer ici que M. Grenier est tombé dans l'erreur lorsqu'il a dit que « *de tout temps* il a été de

(1) *Infrà*, n° 267.

(2) Et ce privilège a été reconnu et consacré par arrêts de la cour de Limoges, du 9 janvier 1841 (Sirey, 42, 2, 270), et de la cour de Bordeaux, du 6 janvier 1844 (Sirey, 44, 2, 246).

(3) T. 2, n° 384.

(4) Delvincourt, t. 3, p. 280, note 5.

(5) N° 190, 191.

» principe que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, en cas d'inexécution des conventions (1). » Chez les Romains la condition résolutoire n'était jamais sous-entendue dans les contrats nommés, tels que la vente, etc. C'est seulement par le droit français que le pacte commissoire a été sous-entendu dans les conventions, et encore n'est-ce qu'assez tard que cette innovation a été introduite (2).

On s'est demandé, sous le Code Napoléon, si l'article 1654, qui permet au vendeur de demander la résolution de la vente si l'acheteur ne paye pas le prix, n'avait pas été modifié par le système hypothécaire, dont la base est la publicité, et qui a voulu que le privilège fût rendu notoire par la transcription ou l'inscription. Il semblait à quelques jurisconsultes que c'était une chose en quelque sorte contradictoire, que d'assujettir d'une part le privilège à des conditions de publicité, et de l'autre, de laisser l'action résolutoire au vendeur, qui aurait négligé de s'y soumettre.

Mais ces doutes ont été levés par deux arrêts de la Cour de cassation, des 2 décembre 1811 et 3 décembre 1817 (3), qui ont maintenu le vendeur dans le droit d'user de la faculté de demander la résolution de la vente, quand il n'est pas payé. En effet, le privilège sur le prix ne doit pas être confondu avec le droit de demander la résolution, qui tend à obtenir la chose même, et qui n'est pas assujetti à l'inscription pour être conservé. Il n'est donc pas possible d'éluder l'application de l'article 1654 du Code Napoléon. C'est aussi ce qui a été reconnu depuis par de nombreux arrêts (4).

(1) T. 2, n° 379.

(2) Despeisses, t. 1, sect. fin., n° 19. Pothier, Vente, n° 476. Voy. mon Comm. de la Vente, t. 2, n° 621.

(3) Dalloz, v° Vente, p. 896 et 899.

(4) Caen, 18 juin 1813 (Denev., 15, 2, 41). Rouen, 4 juillet 1815 (Denev., 16, 2, 90). Paris, 11 mars 1816 (Denev., 17, 2, 9) et Sirey, 17, 1, 109). Limoges, 19 janvier 1824 (Sirey, 26, 2, 183).

223. On ne peut se dissimuler cependant que cette jurisprudence, quoique basée sur la saine interprétation de la loi, ne donne lieu à beaucoup d'inconvénients. Le plus notable est que, lorsque la chose vient à passer de main en main, si le premier acquéreur n'a pas payé le prix au vendeur, celui-ci peut revendiquer l'immeuble entre les mains du dernier acquéreur, quand même toutes les formalités nécessaires pour purger auraient été remplies (1) : ce qui est certainement bizarre sous un système hypothécaire dont l'une des principales promesses est de purger les immeubles mis en circulation des créances privilégiées ou hypothécaires par lesquelles on pourrait troubler les droits des tiers acquéreurs. Mais ce qui n'est pas moins singulier, c'est que l'adjudication sur saisie immobilière ne peut-elle-même mettre l'adjudicataire à l'abri des effets de la clause résolutoire (2); en sorte que la procédure en expropriation aura été faite à grands frais, l'ordre aura été terminé, tous les créanciers se croiront satisfaits, et cependant le vendeur pourra troubler cette sécurité (3), et rendre tant de peines et de dépenses infructueuses, en se montrant tout à coup armé du droit de revendication.

Cass., 30 avril 1827 (Dall., 27, 1, 225). Cass., 26 mars 1828 (Sirey, 28, 1, 371, Dalloz, 28, 1, 195). Cass., 24 août 1831 (Sirey, 31, 1, 315). Cass., 30 juillet 1834 (Sirey, 35, 1, 311). Cass., 25 août 1841 (Sirey, 42, 1, 46). Toulouse, 5 janvier 1842 (J. du Pal., 1844, t. 2, p. 214). Orléans, 14 août 1845 (J. du Pal., 1845, t. 2, p. 347). Paris, 12 février 1844 (Sirey, 44, 2, 115). Poitiers, 13 mai 1846 (J. du Pal. 1847, t. 2, p. 296).—V. aussi Cass., 13 juillet 1847 et 20 juin 1850 (J. du Pal., 1847, t. 2, p. 445, et 1851, t. 2, p. 246).

(1) Cassation, 26 mars 1828 (D., 28, 1, 195). Voy. l'arrêt de Limoges cité d'autre part. Montpellier, 29 mai 1827 (D., 1828, 2, 209).

(2) Art. 731 du Code de procédure civile. M. Pigeau, t. 2, p. 149, n° 5, et p. 252, n° 3. Arrêt de la Cour de cassation du 30 juillet 1834 (Sirey, 35, 1, 311).

(3) V. Préface.

Ces inconvénients ont été signalés par plusieurs auteurs, et particulièrement par M. Jourdan (1). Il y aurait urgence à ce que le législateur fit cesser un état de choses si inquiétant pour les tiers, et qui apporte tant d'entraves dans les ventes d'immeubles (2).

224. J'ai dit tout à l'heure (3) que le vendeur qui n'avait pris aucune précaution pour conserver son privilège pouvait toujours exercer le droit de résolution; que même, après avoir gardé le silence pendant tout le cours de la procédure en expropriation, il avait la faculté de demander contre l'adjudicataire la résolution du contrat.

Mais il se présente ici une question importante. Lorsque le vendeur a demandé à être colloqué par privilège sur le prix de l'immeuble vendu ou adjugé, peut-il, s'il n'obtient pas ce qu'il désire, rétracter cette demande, et exercer l'action en résolution?

La Cour de cassation a décidé cette question contre le vendeur, par un arrêt du 16 juillet 1818 (4). « Attendu,

(1) *Thémis*, t. 5 et 6. Voy. aussi *M. Grenier*, t. 2, n° 382, et t. 1, *Disc. prélim.*, n° 8, § 6.

(2) L'Assemblée nationale s'en était préoccupée dans la discussion récente de la réforme du régime hypothécaire, et elle avait d'abord tranché le mal en supprimant l'action résolutoire. Cependant cette action fut rétablie, sur une nouvelle discussion, après de longs débats qu'on peut lire au *Moniteur*. Mais on y mit une condition : c'est que le vendeur était déchu de l'action (à l'égard des tiers ayant un droit réel légalement conservé sur l'immeuble), s'il avait laissé perdre son privilège. En d'autres termes, la chose et le privilège se perdaient de la même manière à l'égard des tiers (V. l'art. 2105 de la dernière rédaction de la commission). — Jusqu'à un certain point, ceci rentrait dans les idées que j'exprime plus bas au n° 225.

(3) N° 223.

(4) *Denev.*, 18, 1, 598. Un arrêt du 30 juillet 1834 (*Sirey*, 35, 1, 311) semble indiquer que la Cour de cassation persiste dans cette jurisprudence.

Dans l'espèce la question ne se présentait pas, il est vrai, net-

» a-t-elle dit, que le sieur de Rachaix, au lieu d'intenter
» l'action en résiliation, étant intervenu dans l'instance
» de saisie immobilière, sans demander la distraction,
» s'étant pourvu dans l'ordre pour être colloqué sur le
» prix de l'adjudication, et ayant ainsi approuvé la vente,
» s'est rendu non recevable dans sa demande en résolution de la vente par lui faite. »

Cette décision a été critiquée avec force par M. Merlin, qui la trouve aussi contraire aux lois romaines qu'à l'équité et aux articles 1184, 1654, 1565, 1864 du Code Napoléon (1).

Deux points de vue différents doivent présider à l'examen de cette difficulté.

224 bis. En général, tant que les choses se passent entre le vendeur et l'acquéreur, je crois qu'on ne peut opposer au vendeur les démarches qu'il a faites pour obtenir le paiement du prix, et prétendre qu'il a renoncé à l'exercice de la clause résolutoire. Pour faire tomber l'acquéreur dans l'espèce de peine qui résulte pour lui de la résolution du contrat, n'est-il pas naturel que le vendeur poursuive d'abord le paiement du prix? L'ordre logique n'est-il pas que le prix, objet principal de la vente, soit réclamé en premier lieu, sauf, en cas d'impossibilité de le recouvrer, à attaquer l'acquéreur par d'autres moyens? Ce serait abuser de l'intention du vendeur, que de soutenir qu'il a renoncé à la clause résolutoire : s'il y a renoncé, ce n'est qu'à la condition *sine qua non* qu'il sera payé.

tement à la décision de la cour ; mais on remarquera dans l'arrêt le motif suivant :

« Attendu qu'il a été reconnu en fait par l'arrêt attaqué
» qu'Icard non-seulement n'avait pris aucune part à cet ordre,
» mais qu'il ne lui avait pas même été signifié légalement. »

D'où il semble résulter que la Cour suprême aurait regardé l'intervention d'Icard comme élevant une fin de non-recevoir contre la demande en résolution.

(1) Quest. de droit, v^o Option, § 1. V. les Brocards d'Azon, p. 538.

Les lois romaines qui sont mises en avant (1) ne sont pas applicables, comme je vais le montrer.

La loi 7 D. *De lege commissor.*, qui est le type des autres, est ainsi conçue : « Post diem commissoriæ legi » præstitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriæ renunciatum videtur, *nec variare, et ad hanc redire » potest.* »

On voit qu'elle ne s'occupe que du cas où la vente est accompagnée du *pacte commissoire*. Or, l'effet du *pacte commissoire* était fort différent de la clause résolutoire du droit français. Le pacte commissoire rendait la chose *inempta*, par défaut de paiement du prix à l'époque convenue. Il opérait de *plein droit* (2), et le vendeur pouvait la reprendre, en vertu de l'action de revendication, comme lui appartenant. Dans cet état de choses, demander le prix, c'était reconnaître l'existence de la vente, c'était agir en vertu de l'action *ex empto*, qui ne peut découler que d'un acte de vente existant ; c'était par conséquent renoncer au *pacte commissoire* qui suppose la vente détruite. On ne peut vouloir tout à la fois qu'un contrat soit et ne soit pas. Quand on agit comme si la vente subsistait toujours, on purge le pacte qui permettait de la considérer comme anéantie. On lui redonne l'existence, qu'elle avait perdue par le seul fait de l'omission du paiement. La conséquence que les lois romaines tirent de l'action en paiement du prix est donc tout à fait rationnelle.

Mais les choses sont bien différentes dans notre clause résolutoire tacite. Elle n'est qu'un pacte commissoire *imparfait* (3). Elle ne permet pas de considérer la vente comme résolue de *plein droit* ; elle autorise seulement la résolution (4). En attendant, la vente subsiste toujours.

(1) L. 7, D. *De lege commissor.*, L. 4, C. *De pactis inter empt. et venditor.* Pothier, Pand., t. 1, p. 500, n° 7.

(2) Pothier, Vente, n° 642.

(3) Argument de ce que disent Voët, lib. 18, t. 3, n° 2, et Zanchi, *De prælatione creditor.*, exercit., n° 10.

(4) Art. 1184 et 1655 du Code Napoléon.

Aucune incompatibilité ne se fait donc remarquer entre l'action en payement du prix et l'action en résolution de la vente. Demander le prix, ce n'est pas, comme dans le cas prévu par les lois romaines, renoncer à la non-existence de la vente. Cette non-existence n'est pas encore arrivée; car, pour qu'elle arrive, il faut que le vendeur la demande en justice, et l'obtienne des tribunaux. Et si le vendeur la réclame, après avoir vainement demandé le prix, ce n'est pas de sa part se mettre en contradiction avec lui-même; ce n'est pas vouloir qu'une chose soit détruite, quand on avait voulu qu'elle subsistât; c'est partir d'un point fixe, l'existence de la vente, et en demander soit l'exécution, soit l'annulation. C'est échelonner les moyens, suivant l'exigence des cas (1).

225. Mais la décision est-elle la même lorsque le vendeur se trouve en contact avec des tiers, lorsque, par exemple, sachant qu'un ordre va être ouvert, il y intervient pour réclamer une collocation privilégiée?

On a vu ci-dessus l'opinion de la Cour de cassation, et la critique de M. Merlin. Un arrêt de la cour de Montpellier, du 1^{er} juillet 1828 (2), a paru à quelques personnes s'être rangé à l'opinion de ce jurisconsulte : je ne suis pas sûr cependant que telle soit sa portée; car le recueil de M. Dalloz expose les faits de manière à laisser du doute à cet égard (3).

(1) Merlin est de cet avis. V^o Résolution, Répert., t. 15, et quest., v^o Option, § 1. — *Junge* MM. Duvergier, de la Vente, n^o 444, et Duranton, t. 16, n^o 579, qui néanmoins réserve le cas où l'acquéreur aurait acquiescé à ce qu'a d'abord demandé le vendeur. — V. encore Paris, 11 mars 1816 (Sirey, 17, 2, 1); Montpellier 29 mai 1827 (Sirey, 28, 2, 263). Cass., 31 janvier 1857 (Sirey, 57, 1, 649).

(2) D. 29, 2, 58.

(3) Le vendeur avait inutilement produit dans un ordre précédent; mais, autant que je puis en juger par le rapprochement des faits, l'immeuble qu'il voulait reprendre par le moyen de la résolution n'était pas celui dont le prix avait été distribué. Pris en ce sens, cet arrêt ne serait pas une confirmation de l'opinion de M. Merlin.

Quoi qu'il en soit, il me semble que le système de la Cour de cassation doit l'emporter (1).

Le vendeur qui se présente à un ordre pour être payé de ce qui lui est dû sur les deniers à distribuer, fait un acte positif par lequel il ratifie la revente faite par son acquéreur (2). Il acquiesce à cette transmission de la propriété entre les mains d'un tiers ; il s'interdit par conséquent le droit de venir ensuite faire résoudre ce qui a été consommé sous ses yeux, avec son concours et sa participation. La bonne foi s'oppose à ce que le tiers acquéreur, qui a mis les deniers en distribution, soit inquiété par celui-là même qui a ratifié cet acte par sa présence, et par sa volonté d'en profiter (3).

M. Merlin oppose plusieurs lois romaines, d'où il résulte que lorsque de deux actions que l'on croyait avoir, on a choisi par erreur celle qui était insoutenable, et que l'on n'avait réellement pas (4), rien n'empêche que l'on ne retourne à celle qui est valable. Il croit pouvoir s'en prévaloir contre la Cour de cassation, parce que dans l'espèce qu'elle a jugé, le vendeur n'était intervenu dans l'ordre que dans la croyance que son inscription était valable, tandis qu'elle était nulle pour défaut de forme.

(1) Un arrêt de la cour de Paris, du 26 juin 1826, l'a approuvé indirectement, D. 27, 2, 9 et 10.

(2) Arrêt de Riom, 28 fév. 1824, D. 27, 1, 222.

(3) V. encore en ce sens, Cass. 2 juin 1824 (Sirey, 25, 1, 285). La même doctrine s'induit encore de deux arrêts récents, qui ont considéré que la production par un premier vendeur et sa collocation dans l'ordre ouvert contre un sous-acquéreur impliquent renonciation à l'action résolutoire. Cass. 13 juillet 1847 et 20 juin 1850 (*J. du Pal.*, 1847, t. 2, p. 445, et 1851, t. 2, p. 246). Seulement ces arrêts ont eu pour objet de juger que cette renonciation du premier vendeur ne porte pas atteinte à l'action résolutoire du second vendeur contre le sous-acquéreur, ce que je n'entends pas contester.

(4) On peut voir un plus grand nombre encore de ces lois citées dans les Brocards d'Azon, p. 538. Cet auteur en note jusqu'à quatorze.

Je reconnais qu'en thèse ordinaire, l'erreur sur le choix d'une action n'empêche pas de recourir à celle qui est de nature à produire effet : « *Qui ineptâ utitur,* » dit Godefroy (1), *aptâ, ut subsidiariâ uti posse.* » Mais il me semble que ceci n'est pas applicable, lorsque des tiers ont été mis en jeu, lorsque l'erreur de celui qui agissait avec un titre coloré a fait consommer avec eux des actes de bonne foi. Ces actes doivent être maintenus ; car la réparation de l'erreur aurait des suites plus fâcheuses que l'erreur elle-même, et l'on arriverait à ce résultat injuste de préférer celui qui s'est trompé par sa faute, à ceux qui ont été trompés par lui (2).

226. J'ai parlé ailleurs du rang que le vendeur peut réclamer (3) contre les autres créanciers privilégiés sur les immeubles. Je me borne à faire remarquer ici que lorsqu'il y a plusieurs vendeurs successifs du même objet, ils ne viennent pas entre eux par contribution, mais que le premier vendeur est préféré au second, le second au troisième, et ainsi de suite (4).

La raison en est simple. Chaque vendeur a reçu l'immeuble grevé, au profit de son prédécesseur, de la condition résolutoire pour défaut de paiement du prix. Or, si le premier vendeur peut opérer la revendication sur le second, et lui enlever la chose vendue, par identité de raison, il doit lui être préféré sur le prix, qui n'est que la représentation de l'immeuble.

(1) Sur la loi 11, § 7, D. *De inst. actione*, note *y*, et sur la loi 1. C. *De furtis*.

(2) Toutefois l'opinion de M. Merlin a été adoptée par la cour de Bordeaux, le 29 mai 1835 (Sirey, 36, 2, 57. Dalloz, 36, 2, 34), et par la cour de Paris, le 12 août 1835 (Sirey, 36, 2, 272. — Du reste, comme je l'ai dit ailleurs (V. mon Comm. de la Vente, t. 2, n° 662, et mon Comm. de la Prescription, t. 2, n° 797 et 851), le tiers acquéreur de bonne foi et par juste titre peut opposer la prescription décennale au vendeur non payé qui intente contre lui l'action résolutoire. Cela a été jugé par la cour de Riom, le 23 déc. 1845 (*J. du Pal.*, 1846, t. 2, p. 202).

(3) *Suprà*, n° 78 bis et suiv.

(4) Disp. de notre art.

§ II.

Privilège de ceux qui ont fourni les deniers pour l'acquisition d'un immeuble.

227. Par le droit romain, celui qui avait fourni des deniers pour l'acquisition d'un immeuble n'avait aucun droit réel sur cet immeuble, à moins qu'il ne se fût expressément réservé un droit d'hypothèque.

« *Licet iisdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis, priores habeantur potiores, tamen eum cujus pecuniâ prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum, STATIM CONVENIT, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur.* » L. 7. C. *qui potior* (1).

M. Grenier me paraît avoir mal saisi le sens de cette loi (2). « De la loi *Licet*, dit-il, il se tirait la conséquence qu'il y avait un *privilège tacite* en faveur de celui qui aurait fourni des deniers pour acheter cet immeuble, par cela seul qu'il y en eût eu une simple reconnaissance de la part de l'acquéreur. Il était indispensable qu'il fût dit que la somme avait été employée à l'acquisition. » Si je ne m'abuse, ce n'est pas là ce que veut cette loi. Elle ne fait pas seulement dépendre le privilège de la preuve que la somme avait été employée à l'acquisition; elle le fait dépendre avant tout de la stipulation expresse *que l'immeuble sera affecté par hypothèque au prêteur*.

Le motif pour lequel celui qui prêtait pour acheter n'avait aucun droit réel sur la chose, était cette maxime vulgaire : « *Quod ex meâ pecuniâ comparatum est meum non est.* » Il fallait une convention d'hypothèque pour assurer un droit réel.

(1) Pothier, Pand., t. 1, p. 573, n° 27.

(2) T. 2, n° 392.

Il n'y avait que l'immeuble acheté des deniers du pupille qui fût affecté *tacitement* à la sûreté du prêt. Une constitution spéciale et exceptionnelle de Sévère et Antonin (1) avait été nécessaire, pour introduire cette dérogation au droit commun.

L'hypothèque conventionnelle du prêteur de deniers était privilégiée, c'est-à-dire qu'elle assurait un rang supérieur aux hypothèques, même antérieures. La raison en était que le prêteur ayant, en quelque sorte, procuré un gage aux créanciers, devait leur être préféré (2); « quia silicet non aliter erat contracturus, nec » proinde cæteris anterioribus creditoribus pignoribus » causam præbiturus (3). » Ainsi que le dit Louet, la chose entraît dans les biens du débiteur *cum causâ privilegii* (4).

C'était une question de savoir si le prêteur de deniers avait, en l'absence de toute convention, un privilège personnel, *inter chirographarios*.

Barthole décidait l'affirmative, mais à la condition qu'il fût constaté que l'argent avait été prêté pour l'achat de la chose. « Quandoquæ quis mutuât *ad rem emendam*, » non expresse quod illa res sit ei obligata, et tunc habet privilegium *in personali*, non *in hypothecariâ*... » Quandoquæ quis mutuât pecuniam suam simpliciter, » non exprimendo *ad rem emendam*, tamen ex eâ res » emitur, et tunc non habet privilegium *neque in personali*, *neque in hypothecariâ*, ut suprâ de Trib. act. 1. » procurat. § Plané (5). »

(1) L. 3. D. *De reb. eor. qui sub tutelâ*. Loyseau, Offices, liv. 3, ch. 8, n° 29. Vinnus, Quæst. Select., lib., 2, cap. 4. Favre, Code, lib. 8, t. 8, déf. 10. Pothier, Pand., t. 1, p. 573, note D, et t. 2, p. 167, n° 12.

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) Expressions de Favre, *loc. cit.* Elles font allusion aux créanciers antérieurs ayant hypothèque générale.

(4) Lettre H, som. 21.

(5) Sur la loi *interdum qui potior*, D.

Cette opinion est aussi celle de Loyseau (1) et de Perezius (2). Cependant j'aurais de la peine à l'adopter, car aucune loi ne parle de ce privilège. La loi *Procurat.* § *Plané*, D. de Trib. act., paraît au contraire l'exclure formellement. « *Licèt merces quæ extant ex unius cre-*
» *ditoris pecuniâ sint comparatæ, dicendum erit omnes*
» *in tributum venire* (3). » A la vérité, la loi *Quod quis*, citée ci-dessus, n° 181, et loi 26 D. *De reb. auct.*, portaient que celui qui avait prêté de l'argent pour l'achat d'un vaisseau avait un privilège personnel. Mais des auteurs très-graves remarquaient que c'était une exception introduite *favore navigationis* (4).

228. Mais revenons à l'hypothèque privilégiée du bailleur de fonds. C'était une grande difficulté de savoir si, pour s'en prévaloir, il était nécessaire que l'acte contînt, outre la stipulation d'hypothèque, la mention que l'argent était prêté pour opérer l'achat, ou s'il suffisait que par le résultat il fût prouvé que l'argent y avait été réellement employé. Notre vieux commentateur *Faber* soutenait (5) que la clause de *destination* n'était pas nécessaire, et qu'il suffisait de l'*événement*. Cette opinion, adoptée par plusieurs jurisconsultes, ne paraît pas contraire au texte précis de la loi *Licèt*.

Mais je préfère l'opinion de Loyseau, qui ne veut pas que la loi *Licèt* soit prise isolément, et qui la combine avec la Nouvelle 97, chap. 4, où il est dit : « *si EXPRESSIM*
» *SCRIPTUM SIT in instrumento, creditum fuisse aurum ob-*
» *casione militiæ* (6). »

On conçoit d'ailleurs facilement la raison de cette exigence. Il ne fallait pas qu'un prêt hypothécaire fait

(1) Off., liv. 3, ch. 8, n° 31.

(2) Cod., lib. 8, t. 18, n° 19.

(3) Pothier, Pand., t. 1, p. 410, n° 9.

(4) Favre, Cod., lib. 8, t. 8, déf. 10, note 2. Conjectur., lib. 8, cap. 11 et 12.

(5) Sur la loi *Licèt*.

(6) Offic., liv. 3, ch. 8, n° 29 et suiv.

purement et simplement, et sans vouloir que les fonds fussent employés à un achat, acquit un privilège *ex post facto*, par des circonstances non prévues et étrangères à la volonté du prêteur.

Ainsi, la destination devait être expressément convenue.

D'un autre côté, j'ai montré ci-dessus (1), par le texte de la loi *Licèt*, qu'il fallait rapporter la preuve de l'emploi. « *Cujus pecuniâ prædium comparatum probatur* (2). »

Tels étaient les principes du droit romain sur cette matière, qui présentait de grandes difficultés d'interprétation, mais que les efforts des commentateurs étaient parvenus à éclaircir et à systématiser. Je m'y suis arrêté trop longtemps, peut-être, au gré de quelques lecteurs, et cependant je n'ai fait que toucher les sommités, et faire ressortir les résultats.

229. En passant dans notre ancien droit français, le droit du bailleur de fonds subit d'importantes modifications (3).

On sait que nos contrats authentiques emportaient avec eux une hypothèque sans stipulation. Il ne fut donc plus nécessaire que celui qui prêtait son argent à un acheteur par acte devant notaire stipulât une hypothèque.

D'un autre côté, on maintint avec sévérité l'usage de la condition prescrite par la Nouvelle 97, chap. 4, savoir, qu'il résultât d'une clause expresse de l'acte que le prêt était fait pour acheter (4).

(1) N° 227.

(2) V. aussi la loi dernière, C. *De pignor.* Loyseau, Off., liv. 3, chap. 5, n° 11, 12, 13, 14, 15, a parfaitement expliqué cette matière, en réfutant toutes les objections et en conciliant tous les textes qui paraissent contraires.

(3) M. Dalloz dit que la loi *Licèt* prescrivait les mêmes formalités que l'art. 2103, n° 2, du Code Napoléon (V. Hyp., p. 51, n° 15). On se convaincra aisément par ce qui suit que cette assertion manque d'exactitude.

(4) Louet, lettre H, som. 21.

On alla même plus loin afin d'éviter les fraudes, et l'on exigea qu'indépendamment de la mention contenue dans le contrat de prêt sur la destination, l'emploi de l'argent prêté fût prouvé par l'acte d'achat, dans lequel il fallut insérer la clause *que le paiement du prix de l'immeuble avait été fait avec l'argent prêté*, chose que le droit romain n'exigeait pas, car il se contentait d'une preuve quelconque de l'emploi (1). Cette jurisprudence se maintint jusqu'aux derniers temps ; on peut en suivre les progrès ultérieurs dans Basnage (2).

A ces conditions, le prêteur de fonds avait un *privilege* de plein droit, qui répondait à l'*hypothèque privilégiée*, qui chez les Romains ne résultait que d'une convention formelle.

230. C'est sous les mêmes conditions que le Code Napoléon accorde un privilège à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'un immeuble (3).

Il faut d'abord qu'il soit *authentiquement* constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi.

Il faut ensuite que la quittance donnée à l'acquéreur de l'immeuble par le vendeur porte que le paiement a été fait des deniers empruntés.

La disposition du Code qui impose ces conditions au prêteur jaloux de s'assurer un privilège, revient à celle qui est renfermée dans l'art. 1250, n° 2.

« Lorsque le débiteur, dit ce dernier article, emprunte
 » une somme à l'effet de payer sa dette, et de subroger
 » le prêteur dans les droits du créancier, il faut, pour que
 » cette subrogation soit valable, que l'acte d'emprunt et
 » la quittance soient passés devant notaires ; que dans
 » l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été
 » empruntée pour faire le paiement, et que dans la quit-

(1) Idem, Loyseau, Offices, liv. 3, ch. 8, n° 44.

(2) Hyp., ch. 14.

(3) *Infra*, n° 354.

» tance il soit déclaré que le paiement a été fait des
» deniers fournis par le nouveau créancier. Cette su-
» brogation s'opère sans le concours du nouveau créan-
» cier. »

Celui qui emprunte pour acheter subroge, en effet, de plein droit, le prêteur au privilège du vendeur, et le cas dont parle notre article n'est qu'une espèce particulière de l'art. 1250, n° 2 (1).

231. Le mot *authentiquement* dont se sert notre article doit être remarqué. En le rapprochant de l'art. 1250,

(1) Notre article, en exigeant « qu'il soit authentiquement constaté, par l'acte d'emprunt, que la somme était destinée à cet emploi (à l'acquisition d'un immeuble), et, par la quittance du vendeur, que ce paiement a été fait des deniers empruntés », se réfère, en effet, à ce n° 2 de l'art. 1250, dont il reproduit les conditions. Mais on s'est demandé souvent, dans la pratique, si la forme indiquée par le n° 1 du même article ne suffirait pas pour conférer le privilège ; en d'autres termes, si le prêteur qui paye en se faisant subroger par *quittance* authentique n'a pas droit au privilège aussi bien que celui qui prête par acte authentique et fait déclarer l'origine des deniers dans la quittance ? L'Assemblée nationale avait tranché cette question en supprimant le n° 2 de l'art. 2103, et en renvoyant, d'une manière générale, à l'art. 1250 pour les formes de la subrogation (V. la dernière rédaction de l'art. 2103). La résolution me paraît juste : il n'y a pas, en effet, de motif plausible pour refuser la subrogation et le privilège dans une forme plutôt que dans l'autre. — La Cour de cassation, sans qu'elle ait eu à statuer directement sur la question, paraît n'avoir pas considéré comme exclusive la forme du n° 2 de l'art. 1250, dans une espèce où elle a jugé qu'il ne suffit pas pour être subrogé au privilège du vendeur, d'avoir prêté ou employé des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, mais qu'il faut que le *contrat renferme à la fois* la preuve que cet emploi a réellement eu lieu, la stipulation de la cause et la reconnaissance du vendeur qu'il a été désintéressé avec les deniers empruntés. Arrêt du 26 avril 1827 (Sirey, 27, 1, 400). Dans l'espèce, il n'y avait qu'un seul acte, et non pas un acte d'emprunt d'abord et ensuite une quittance indicative de l'origine des deniers ; et si le privilège fut refusé, ce ne fut pas par ce motif, car la difficulté ne fut pas même soulevée, mais par d'autres circonstances qui ne touchent pas à la question.

n° 2, on voit clairement qu'il est nécessaire que le prêt soit fait *par acte public*. Sans cela, on ne pourrait en tirer une cause de privilège. La raison en est que, les actes sous seing privé se pliant avec une grande facilité aux fraudes que la mauvaise foi veut pratiquer, la loi a dû s'en défier avec soin. Ainsi, par exemple, il serait possible qu'un prêt ayant été fait purement et simplement, l'emprunteur achetât un immeuble avec l'argent prêté, et que le bailleur de fonds, colludant avec son débiteur, profitât de cette circonstance imprévue, et se fît faire, après coup, un acte de prêt sous seing privé pour établir que l'argent avait été originairement confié pour acheter. Cette fraude, très-facile avec le moyen des actes sous seing privé, nuirait gravement aux droits des tiers, et la loi s'est armée de précaution pour la prévenir.

232. On n'était pas d'accord dans l'ancienne jurisprudence sur le temps qui devait s'écouler entre le prêt et l'emploi. La loi 24, § 3, D. *De reb. auct. jud.*, exigeait que le temps fût assez court pour qu'on ne pût supposer que l'acquéreur effectuait le paiement avec d'autres deniers. « *Quod quidem potest benignè dici, si modo, non post aliquod intervallum, id factum sit.* »

Renusson voulait que l'emploi fût fait le même jour que le prêt (1).

Bacquet (2) donnait jusqu'au lendemain, et son opinion avait été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 mai 1778, rapporté par Catellan (3).

D'autres auteurs, dont les opinions sont rapportées dans le Répertoire de jurisprudence (4), accordaient un plus long délai : les uns parlaient de trois jours, les autres de dix.

Le Code ne s'exprimant pas à cet égard, il est impos-

(1) Ch. 11, n° 12.

(2) Droits de justice, ch. 2, n° 241.

(3) Liv. 5, ch. 29.

(4) V. Subrogation de personnes, p. 57, col. 2.

sible d'adopter une règle fixe; tout doit dépendre des circonstances; le juge examinera si, d'après les faits, il y a lieu de décider que l'argent n'a pas reçu l'emploi convenu, et si l'achat a été fait avec d'autres fonds. La loi s'en rapporte à sa conscience, qui ne peut recevoir de lumières que des éléments de la cause (1).

233. J'ai dit quelque chose, au n° 78 *bis*, du rang de celui qui a prêté des fonds pour effectuer un achat.

J'ajoute ici, quoique j'en aie déjà fait l'observation, que, le bailleur de fonds étant un simple subrogé aux droits du vendeur, cette subrogation ne doit point nuire à ce vendeur, et si celui-ci n'a pas été payé de tout ce qui lui était dû pour prix de vente, il pourra recouvrer la portion encore due, par préférence sur le prêteur. *Creditor non videtur cessisse contra se*, dit Dumoulin (2).

Jacques prête à Titius une somme de 50,000 fr. pour acheter la terre de *Rioville*. Titius se rend acquéreur de cette propriété, pour 150,000 francs, et il ne paye au vendeur que 50,000 francs. Il est clair que le vendeur sera privilégié sur l'immeuble pour les 100,000 fr. restant dûs, et qu'il devra en être payé par préférence au bailleur de fonds, lequel ne viendra ensuite pour son prêt que par subrogation aux droits du vendeur, et jusqu'à concurrence de ce dont ses fonds auront contribué à le désintéresser (3).

234. Ils s'est présenté, au parlement de Paris, un autre cas où le rang du bailleur de fonds a donné lieu à difficulté. Barillon avait vendu ses terres de Bellair et Souploire au sieur de Vignoles pour 87,000 fr., payables à ses créanciers qu'il avait dénommés par le contrat. L'acquéreur paya aux plus anciens créanciers indiqués 57,000 francs qu'il avait empruntés, et *fit subroger les*

(1) Grenier, t. 2, n° 395. Répert., v° Subrogation, p. 38, col. 1, *in princip.* Toullier, t. 7.

(2) *De contract. usur.*, quest. 89. Socin, Conseil 206.

(3) Renusson, Subrogation, ch. 15.

prêteurs aux droits et actions des créanciers payés. Le sieur de Vignoles devait encore 27,000 fr. lorsque les terres de Bellair et de Soupploire furent vendues sur lui par expropriation forcée. Le sieur Barillon s'opposa pour les 27,000 fr. restant dûs à ces créanciers, et prétendit préférence sur les prêteurs subrogés par le fait des créanciers payés.

Le lieut. général d'Angers débouta le sieur Barillon de sa demande, sous prétexte que ceux qui avaient prêté des fonds au sieur de Vignolles avaient été subrogés aux créanciers de Barillon, et qu'ils devaient avoir même hypothèque et même privilège. Il y eut appel, et, par l'arrêt du 7 septembre 1761, la sentence fut infirmée. On jugea, dit Renusson (1), que ceux qui avaient prêté leurs deniers à l'acquéreur, et qui avaient été subrogés aux plus anciens créanciers du vendeur, ne devaient être payés qu'après que tous les créanciers du vendeur auraient été acquittés, par la raison, ajoute cet auteur, que la subrogation consentie par les plus anciens créanciers du vendeur qui avaient reçu leur paiement, ne devait ni nuire ni préjudicier au vendeur et à ses autres créanciers. Cet arrêt est très-juste, dit Renusson, et la justice en est palpable et évidente.

J'avoue que je ne suis nullement frappé de cette évidence de justice, et je trouve qu'il y a fort à dire contre cet arrêt du parlement de Paris et contre la doctrine de Renusson (2), quoiqu'elle soit adoptée par M. Grenier.

Je distingue d'abord si les créanciers que le bailleur de fonds a désintéressés avec ses deniers sont hypothécaires ou cédulaires.

S'ils sont créanciers hypothécaires, et si leur hypothèque précède celle des créanciers non payés, alors, la subrogation mettant le bailleur de fonds dans tous les droits hypothécaires des créanciers désintéressés qui se

(1) Idem, ch. 15, n° 11.

(2) T. 2, n° 594.

retirent, ceux qui sont postérieurs en hypothèque ne peuvent s'opposer à cette substitution, et ils n'y ont même aucun intérêt. Car peu importe pour eux que le premier rang soit occupé par ces créanciers eux-mêmes, ou par le bailleur de fonds, qui, au moyen de la subrogation, n'est que leur représentant.

• Mais, dit Renusson, cette subrogation ne peut nuire » ni au vendeur ni aux autres créanciers. Les créanciers » du vendeur représentent tous ensemble le vendeur, et » comme le vendeur qui reçoit partie du prix et qui consent subrogation n'est pas censé subroger contre lui-même, le créancier délégué qui reçoit son paiement » ne peut subroger qu'après que le prix de la chose vendue aura été payé effectivement et entièrement (1). • Je réponds par les observations suivantes. D'abord, remarquons que les prêteurs sont subrogés, dans notre espèce, non au vendeur lui-même, mais à ses créanciers hypothécaires, c'est-à-dire à des créanciers qui ont un droit plus éminent que lui. Ainsi il ne peut pas se plaindre, et dire que la subrogation tourne contre lui. Car ce n'est pas lui qui donne la subrogation? La maxime *nemo videtur cessisse contra se* ne lui est pas applicable. Qui a donné la subrogation? Ce sont les créanciers du vendeur, préférables en hypothèque. Or la subrogation lui est-elle nuisible? On ne peut pas le soutenir. Donc on doit mettre de côté ce principe : *nemo videtur cessisse contra se*.

J'admets le principe que tous les créanciers délégués représentent le vendeur. Mais il n'en est pas moins vrai qu'ils ne doivent venir que suivant leur rang d'hypothèque (2). Donc les plus anciens seront payés avant les derniers. Donc les subrogés à ces plus anciens devront être préférés aux plus nouveaux. Les plus nouveaux créanciers diront-ils que le vendeur avait un droit de préférence et d'exclusion pour le reliquat du prix, et

(1) *Loc. cit.*, n° 15.

(2) *Infrà*, n° 347.

qu'ils peuvent exercer ce droit de leur débiteur (1)? Je soutiens que ce n'est là qu'une vaine objection. Qu'ils représentent le vendeur tant qu'ils voudront. Mais les prêteurs subrogés représentent les créanciers de ce vendeur; ils sont donc investis de droits contre lesquels ceux du vendeur ne peuvent que venir se briser. Ainsi soit qu'ils agissent de leur chef, soit qu'ils veuillent représenter le vendeur, les créanciers non payés ne peuvent réclamer davantage contre les subrogés. Aussi Renusson rapporte-t-il plusieurs arrêts du parlement de Paris, dont un du 10 avril 1677, qui ont jugé contre son opinion.

Si les créanciers antérieurs sont cédulaires, comme, malgré la date des contrats, ils sont tous égaux, et qu'ils ne peuvent venir que par contribution entre eux, il est clair que, s'il y a perte, ils doivent tous perdre proportionnellement. Alors le bailleur de fonds ne pourra pas représenter les créanciers désintéressés pour le total de ce qu'il leur a payé, mais seulement pour la part que ceux-ci auraient eue dans la distribution. S'il prétendait collocation pour le total, les créanciers postérieurs objecteraient avec raison que la subrogation dont il se pare ne peut léser leurs droits; que ceux qu'il représente ne pouvant recevoir le total de leurs créances, mais seulement une part proportionnelle, il ne peut toucher plus qu'eux, et ce serait tant pis pour le bailleur de fonds qui aurait aventuré son argent, en souffrant qu'on fît des paiements isolés, et en négligeant de demander et d'exiger une distribution.

Le bailleur de fonds objecterait vainement, je crois, que les créanciers antérieurs ayant reçu leur dû avant qu'un ordre ait été provoqué, ils ont été bien payés; que, puisqu'on ne pourrait recourir contre eux pour les faire rapporter, et qu'ils sont en position de ne pouvoir pas perdre, celui qui les représente ne doit pas perdre davantage. Les créanciers non payés répondraient victorieusement : peu importe ce qui s'est passé entre vous

(1) *Suprà*, n° 233, *infra*, n° 378.

et vos créanciers. Puisque vous les représentez, c'est comme s'ils venaient eux-mêmes à la distribution. Or, s'ils se présentaient, ils devraient supporter, dans l'espèce, une perte proportionnelle; donc, vous devez par conséquent la supporter pour eux.

§. Je viens à une autre hypothèse. Titius prête des fonds pour payer Caius, vendeur de l'immeuble Cornélien. Caius le subroge en tous ses droits. Mais ce même Caius demeure encore créancier pour prix de vente de 20,000 fr. On sait qu'à cet égard il a préférence exclusive.

Evidemment les créanciers de Caius, qui auront été délégués pour recevoir ces 20,000 fr., l'emporteront sur le prêteur de fonds; car ils représentent le vendeur dans son droit de préférence. On voit qu'il y a une différence totale entre ce cas et le précédent.

235. Lorsque plusieurs personnes ont successivement prêté des deniers pour l'acquisition d'un immeuble, elles doivent toutes venir par concurrence. C'est ce qu'établit Renusson (1), dont l'opinion doit être suivie.

Je reviendrai plus tard sur ce point (2).

235 bis. L'art. 692 du Code de procédure civile prononce la nullité de la vente des immeubles saisis, qui serait faite par le débiteur, après que la saisie lui aurait été dénoncée. Mais l'art. 693 porte que néanmoins l'aliénation ainsi faite aura son exécution, si avant l'adjudication l'acquéreur consigne somme suffisante pour acquitter en principal, intérêts et frais, les créances inscrites, et signifie l'acte de consignation aux créanciers inscrits. Le même article ajoute : « *Si les deniers ainsi déposés ont été empruntés, les prêteurs n'auront d'hypothèque que postérieurement aux créanciers inscrits lors de l'aliénation.* » (3)

(1) Chap. 16.

(2) *Infra*, n° 379.

(3) Le principe est resté le même après la loi du 2 juin 1841; néanmoins, c'est à partir de la *transcription de la saisie*, que la partie saisie ne peut plus aliéner les immeubles saisis. (V. les art. 686, 687, 688.)

Cette décision est en harmonie avec ce principe que le subrogé ne peut avoir plus de droits que le cédant. Le saisi était tenu à payer tous les créanciers inscrits : le prêteur qui est subrogé à ses droits ne peut être de meilleure condition ; il doit supporter la préférence de tous les créanciers inscrits.

§ III.

Privilège des cohéritiers et copartageants.

236. « Il est certain, dit Lebrun, que la soulte de partage est privilégiée sur le lot qui doit la soulte (1). »

Ce privilège est quelquefois appelé du nom d'hypothèque tacite ou légale dans l'ancienne jurisprudence (2), parce que l'on confondait presque toujours le privilège avec l'hypothèque lorsqu'elle était privilégiée; et l'on ne peut nier que l'hypothèque pour soulte de partage ne fût privilégiée, d'après ce que dit le même Lebrun (3).

Le Code Napoléon a emprunté ce privilège à l'ancien droit, et, comme le dit M. Grenier, il contient une amélioration à la loi de brumaire an VII; car, sous le régime hypothécaire organisé par cette loi, les soultes de partage n'étaient point classées parmi les créances privilégiées ou ayant hypothèque tacite (4).

237. Le privilège pour soulte s'étend à tous les im-

(1) Success., liv. 4, ch. 1, n° 34.

(2) Basnage, Hyp., ch. 6, p. 14, col. 1. Répert., v° Hyp., p. 798. Lebrun, *loc. cit.*, et n° 74.

(3) *Loc. cit.*, et n° 60.

(4) Jugé, en effet, que sous la loi du 11 frim. an VII, en cas de licitation entre cohéritiers, il n'y avait pas de privilège au profit des copartageants et que ce privilège n'a pas été conféré, par la survenance du Code Napoléon, aux copartageants qui, avant sa promulgation, avaient licité des immeubles communs. Cassat., 17 novembre 1851 (Sirey, 52, 1, 49; *J. du Pal.*, 1851, t. 2, p. 614).

meubles de la succession (1). Il est facile d'en donner la raison. Dans les partages, *tous les lots* sont garants les uns des autres. Un héritier ne peut jamais avoir de droit certain dans les effets qui sont tombés dans son lot, que son cohéritier ne soit rempli à proportion (2). C'est ce qui a été établi comme conséquence naturelle du principe d'égalité qui doit régner entre héritiers. Or, si la soulte n'avait pas un privilège sur tous les immeubles de la succession, cette égalité, âme du partage, serait le plus souvent brisée (3). Il serait possible, par exemple, que l'immeuble chargé de la soulte eût perdu de sa valeur, et fût insuffisant pour l'acquitter. Le créancier pour soulte doit donc avoir un recours privilégié sur les autres lots.

238. Le communiste qui a procédé à un partage a le même privilège que le cohéritier. A la vérité notre article n'en parle pas ; mais cette omission est réparée par l'art. 2109, corroboré de l'art. 1496 du Code Napoléon (4).

239. Il importe maintenant de bien se fixer sur les créances produites par le partage, et revêtues d'un privilège.

1° Nul doute quant à la soulte. Notre article en fait mention expresse. On appelle soulte la somme qu'un héritier est obligé de payer à son cohéritier, lorsque son lot excède la portion afférente et qu'un retour est nécessaire pour rétablir l'équilibre.

On sait qu'avant le partage, chaque cohéritier a un

(1) Tarrible, Répert., Privilège, sect. 4, § 3. Dalloz, Hyp., p. 52, n° 25. Riom, 14 février 1828, D. 28, 2, 222. Art. 885 et 2109 du Code Napoléon. V. cependant MM. Delvincourt, t. 2, p. 47 et Duranton, t. 19, n° 186.

(2) *Suprà*, n° 79.

(3) Lebrun, ch. 1, liv. 4, n° 34, 36, 66, 67, 81. Répert., Hyp., p. 798. Grenier, t. 2, n° 397.

(4) Grenier, t. 2, n° 407. Hyp. et Donation, t. 1, p. 656 et 672. Persil, art. 2103, § 3, n° 2. Dalloz, Hyp., p. 52, n° 26.

droit indivis (1), *in totâ et in quâlibet parte*, droit réel et affectant étroitement la chose. Or, les cohéritiers sont censés n'avoir abandonné ce droit, assis sur tous les immeubles héréditaires, qu'autant que le partage établirait une égalité parfaite; et comme la soulte n'est stipulée ou due que pour maintenir ce juste équilibre, on conçoit qu'elle doit être privilégiée sur tous les biens auxquels il a été renoncé par le partage.

2° Il arrive quelquefois que l'égalité dans le partage de succession s'établit entre les lots, sans qu'il y ait lieu à stipuler une soulte. Mais il peut arriver aussi qu'un des cohéritiers soit évincé de son lot ou de partie de son lot : alors l'égalité est rompue, et il faut nécessairement la rétablir par un retour que les cohéritiers sont obligés, comme *garants* (2) de l'éviction, de payer au cohéritier évincé. Le paiement de ce retour est assuré par le privilège dont parle notre article (3).

3° Lorsqu'un immeuble de la succession n'est pas susceptible de partage, on en fait la licitation. Les cohéritiers ont, pour le prix, un privilège sur l'immeuble adjudgé (4).

(1) M. Mourre (Sirey, 17, 1, 199) dit, dans un réquisitoire, que le copartageant n'est pas censé conserver un droit de copropriété jusqu'au paiement de la soulte. Il s'appuie sur l'article 883 du Code Napoléon. Mais cet article n'est applicable qu'autant que le partage est accompli par le paiement de tous les retours qui assurent l'égalité.

(2) Texte de notre article. L. 14, C. *Familiæ ercisc.* Lebrun, liv. 4, ch. 1, n° 60.

(3) Dans le projet de réforme hypothécaire, on avait exigé que le partage déterminât la somme prévue pour le cas d'éviction (dernière rédaction de l'art. 2102). Il avait paru qu'il y avait inconvénient et danger à laisser au créancier le droit d'évaluer lui-même dans son inscription soit la somme à lui due en cas d'éviction, soit, pour les hypothèques ordinaires, les créances indéterminées. C'est en vue de ces inconvénients et de ces dangers qu'on avait exigé, en général, une évaluation préalable, contradictoire entre le débiteur et le créancier, dans l'acte qui donnait naissance à la créance garantie soit par un privilège, soit par une hypothèque.

(4) Art. 2109, *infra*, n° 291.

4° Quelquefois un héritier se met en possession de tous les biens héréditaires; il en recueille tous les fruits, et lors du partage, il promet à ses cohéritiers de leur payer une somme d'argent, pour les indemniser de cette jouissance. On demande si les créanciers de cette indemnité ont privilège sur le lot de leur cohéritier débiteur, et s'ils priment les hypothèques que cet héritier a constituées avant le partage sur les biens composant son lot.

Les opinions sont partagées à cet égard.

M. Grenier dit en propres termes : « Aucune loi, aucune disposition du Code Napoléon n'attribue ni *hypothèque* ni *privilège* aux héritiers sur la portion de l'un d'eux, pour la restitution de ces jouissances (1). »

Cette opinion a été adoptée par un arrêt de la cour de Grenoble du 21 juillet 1826 (2).

D'un autre côté, un arrêt de la cour de Toulouse du 2 mai 1825 (3), et un arrêt de la cour de Riom du 5 février 1828 (4), se sont prononcés en faveur des cohéritiers créanciers de la valeur des fruits (5).

Cette seconde opinion doit prévaloir, à mon avis.

L'indemnité pour fruits est une dette de l'héritier qui les a absorbés au préjudice de ses cohéritiers (6). Comme telle, il doit en faire rapport à la masse (7), et dès lors cette masse s'en trouve augmentée. C'est là la maxime

(1) T. 1, 336, n° 159. *Junge* MM. Vazeille, art. 830, n° 3, et Duranton, t. 19, n° 187.

(2) Dalloz, 27, 2, 67, et 120.

(3) D, 25, 2, 196. Telle est la jurisprudence de cette cour. D, 24, 2, 81, 82.

(4) D, 28, 2, 222.

(5) Et c'est aussi dans ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation par arrêt du 11 août 1830 (Sirey, 31, 1, 63). — Mais d'après la jurisprudence le privilège ne doit pas être étendu aux dommages et intérêts résultant d'un préjudice causé depuis le partage. Orléans, 26 juillet 1849 (Sirey, 50, 2, 49). V. aussi Agen, 22 déc. 1846 (Sirey, 47, 2, 204).

(6) Art. 856 du Code Napoléon.

(7) Art. 829 du Code Napoléon.

proclamée par les interprètes du droit romain, « *fructus augent hæreditatem* (1). »

Il suit de là que ce qui est dû pour jouissance entre dans le partage comme élément nécessaire, et qu'il cesserait d'y avoir égalité si les cohéritiers, qui en sont créanciers, en étaient frustrés. Dès lors n'est-il pas clair que notre article vient leur prêter l'appui du privilège qu'il constitue pour *soulte*, *retour de lots*, et pour la *garantie des partages*?

L'héritier débiteur des fruits est encore plus étroitement lié que s'il était garant de la restitution. Les biens de son lot sont donc affectés par *privilège* à cette restitution, et les hypothèques dont il les a grevés envers ses créanciers personnels doivent passer après la créance des cohéritiers, qui est une créance sur la succession, sur la *masse des biens héréditaires* soumis au partage.

Les créanciers n'ont pas à se plaindre; ils devaient savoir qu'avant le partage leur débiteur n'avait pas l'entière disposition des biens qu'il leur a hypothéqués; ils devaient savoir qu'il n'était pas en son pouvoir de préjudicier, par son fait, au droit de ses cohéritiers, droit qui remonte à l'époque de l'ouverture de la succession (2). Ils n'ont pu acquérir que des droits subordonnés à la condition à laquelle était soumis celui qui leur a concédé hypothèque (3). Telle est l'opinion qui me semble résulter des dispositions de notre article. Mais je n'ai pas besoin de dire que le privilège doit être conservé par les moyens dont il sera parlé en commentant l'art. 2109.

5° Quelquefois un héritier est obligé, par le fait, de payer une dette, qui, dans le partage, a été mise dans le lot de son cohéritier. Alors il lui est dû une récompense,

(1) L. 20, § 3, D. *De hæred. petit.* L. 178, § 1, *De verb. signif.* L. 9, C. *Familiae erciscund.* L. 2, C. *De petit. hæred.*

(2) Art. 856 du Code Napoléon.

(3) Art. 2125 du Code Napoléon, et art. 2109 idem.

et il n'y a pas de doute que cette récompense, qui seule doit rétablir l'égalité, ne soit privilégiée (1).

C'est par suite du même principe que Pothier est d'avis que lorsque le mari a payé, après le partage de la communauté, des dettes qui faisaient partie du lot de la femme ou de ses héritiers, il a privilège (ou hypothèque privilégiée, comme on disait alors) sur les conquêts échus à la femme par ce partage. En effet, la femme ne peut prendre part aux biens de la communauté, qu'à la charge de payer les dettes (2).

Quelque juste que soit cette décision, M. Grenier veut cependant qu'on la rejette. Ses motifs sont qu'en fait de partage, il n'y a de privilège que pour deux objets : le premier, pour la garantie des lots en cas d'éviction ; le second, pour les soultes et retour de lots. Au premier cas, ajoute M. Grenier, le privilège tient à l'exercice d'un droit de propriété ; au second, il se place sur la ligne d'un privilège pour prix de vente. Ces motifs ne se présentent pas pour le cas dont il s'agit. Le mari ne fait qu'exercer une action en répétition de ce qu'il a payé pour autrui. Lebrun restreint le privilège aux seuls cas de garantie et de retour de lot (3).

Je crois qu'on peut répondre victorieusement à cette argumentation. Et d'abord quels sont les motifs qui ont fait établir ce privilège ? Je l'ai dit ci-dessus (4). C'est la nécessité de maintenir l'égalité. Or, lorsque le mari se trouve *forcé* de payer une obligation qui était dans le lot

(1) Basnage, ch. 6, p. 14, col. 1, *in fine*. Sic. Cassation, 2 avril 1839 (Sirey, 39, 1, 385). Mais le privilège ne peut exister qu'autant que le cohéritier qui le réclame a été contraint de payer la dette par suite de quelque action solidaire ou autre, et non lorsqu'il l'a payée volontairement et sans y être forcé. Toulouse, 15 janv. 1841 (Sirey, 41, 2, 258).

(2) Communauté, n° 762.

(3) Hyp., t. 2, n° 399. M. Dalloz appuie, contre M. Persil, l'opinion de M. Grenier, Hyp., p. 52, n° 28. *Junge* M. Duranton, t. 19, n° 187 et 188.

(4) N° 237 et 239.

de sa femme, l'égalité serait renversée, si son action en indemnité n'était pas privilégiée. La portion de la femme a dû être d'autant plus opulente que la charge était plus considérable, et il serait injuste que le mari la payât pour elle, lui qui n'a abandonné ses droits sur la portion indivise des biens échus à la femme que sous la condition tacite qu'elle acquitterait la dette. C'est donc réellement comme propriétaire que le mari agit ici, par privilège, sur les conquêts de la communauté. Quant à Lebrun, que M. Grenier oppose, il ne dit pas un mot de la question, et son silence ne doit pas être invoqué comme une autorité. Au contraire, Basnage et Pothier, dont j'ai cité l'opinion, traitent spécialement la difficulté.

La raison donnée par M. Grenier, que le mari ne fait, dans l'espèce, qu'exercer une action en répétition pour ce qu'il aurait payé pour autrui, serait bonne si le mari avait payé depuis le partage volontairement et pour rendre un office d'affection. Alors il serait comme un simple créancier qui a payé la dette d'un autre. Mais on doit supposer, au cas particulier, que le mari a été contraint, par quelque action solidaire ou autre, de payer ce qui était devenu, par le partage, une charge du lot de la femme.

240. On demande si le cohéritier ou copartageant a privilège pour tous les intérêts qui peuvent lui être dûs, et si ces intérêts prennent rang avec la soulte? Quelques personnes qui voudraient juger la question par l'analogie qui existe entre le vendeur et le copartageant, pourraient opiner pour l'affirmative. Mais cette analogie est souvent fautive, et comme l'a dit Dumoulin (1), si le partage tient en quelque point de la vente et de l'échange, il fait néanmoins une espèce de contrat distinct et séparé, *proprium et distinctam habens naturam* (2). Or, il est certain qu'à la différence de la vente, la soulte de

(1) Art. 89, Cout. de Paris.

(2) V. aussi Lebrun, Success., liv. 4, ch. 1, n° 54, p. 558.

partage ne produit pas d'intérêts de droit. Les intérêts qu'elle engendre ne peuvent être que conventionnels, comme, par exemple, si on donne délai pour payer, avec stipulation d'intérêts. Eh bien ! qu'arrive-t-il en ce cas ? Quand on présente au conservateur la créance de soulte, avec stipulation d'intérêts jusqu'au paiement, on fait inscrire le capital et tous les intérêts jusqu'au paiement, car les intérêts font partie de la soulte, et jouissent du même privilège. Mais si à l'échéance le débiteur ne paye pas, le créancier n'a que le droit d'exécuter, ou de former une demande judiciaire pour faire courir de nouveaux intérêts. Ces nouveaux intérêts ne pourront être inscrits que lorsqu'il y aura jugement, et le jugement, n'entraînant qu'une hypothèque générale et pas de privilège, ne donnera rang au créancier que du jour de l'inscription (1).

240 *bis*. J'ai parlé ci-dessus du rang du privilège de copartageant (2). Quant aux formalités d'inscription nécessaires pour la conservation, je m'en occuperai sous l'art. 2109.

§ IV.

Du privilège des architectes, ouvriers, etc.

241. Par un S. C. (3), fait sous Marc-Aurèle, il fut décidé que lorsqu'une maison était détruite, celui avec l'argent duquel elle était reconstruite, ou qui aurait payé l'entrepreneur de ses deniers, aurait une hypothèque tacite sur elle (4).

Par deux autres lois, on voit que dans le même cas,

(1) M. Mourre, req. à la Cour de cassat. Sirey, 17, 1, 200.

(2) Nos 79, 80, 81.

(3) J'ai parlé de ce sénatus-consulte n° 174.

(4) L. 1, D. *In quib. causis pignus tacitè*.

le créancier avait un privilège personnel *inter chirographarios* (1).

Suivant Cujas, celui qui aurait fait reconstruire la maison, sans l'attache du maître, n'en aurait pas moins eu une hypothèque tacite privilégiée. « Puto etiam eodem » S. C. datam hypothecam tacitam ei qui, cessante domino, domum alienam restituit vel restauravit, quoniam et huic invenio ex oratione D. Marci dari privilegium exactionis inter chirographarios (2). »

Mais, s'agissait-il d'argent prêté ou payé aux ouvriers pour faire de simples réparations, Cujas ne voulait pas que les créanciers eussent privilège. « Et dicam non dari » tacitam hypothecam ei qui credidit ad domum reficiendam, non restituendam, sed hoc tantum ei dari, ut, si de pignore vel hypothecâ convenerit nominatim, in eâ præferatur etiam antiquioribus hypothecariis vel chirographariis. Fecimus igitur differentiam inter restituere domum et reficere, l. 68 et 61, *De leg.* 1°. Plus sanè multò restituere quàm reficere, et perperam Bartolus hoc loco restitutionem interpretatur refectionem (3).

Ce privilège, accordé pour reconstruction d'une maison détruite, était fondé sur la nécessité de faire disparaître les ruines qui donnaient à la ville un aspect hideux, » *ne urbs ruinis deformatur!* » et il est évident que ce motif ne militait pas avec la même force en faveur de simples réparations (4).

Néanmoins, la jurisprudence française, presque toujours dirigée par un sentiment d'équité plus large que le droit romain, préféra par ce motif l'opinion de Bartole, quoique moins conforme aux textes que celle de Cujas. Brodeau rapporte un arrêt du 12 avril 1557 qui accorde

(1) L. 1, C. *De cessione bonor.* l. 26, D. *De rebus auct.* Pothier, Pand., t. 1, p. 563, n° 2; t. 3. p. 186, n° 33.

(2) Respons. Papiniani, lib. 10, sur la loi 1, *In quib. causis.*

(3) *Loc. cit.*

(4) Vinnius, Quæst. select., lib. 2, cap. 4.

un privilège à celui dont les deniers avaient servi à réparer (1), et cela paraît toujours avoir été jugé depuis sans difficulté.

242. Il est notable que l'hypothèque tacite privilégiée n'avait lieu chez les Romains que pour la reconstruction d'un édifice détruit. On ne l'étendait pas aux autres ouvrages de construction, pas même à la *construction* des vaisseaux, quoique cependant la législation de Rome encourageât d'une manière particulière le commerce maritime (2). La construction d'un navire ne donnait lieu qu'à un simple privilège personnel (3).

Ces inégalités du droit romain, ces bigarrures difficiles à expliquer, disparurent dans la jurisprudence française, qui généralisa le principe posé par le S. C. de Marc-Aurèle. Basnage dit positivement que les ouvriers travaillant à la construction d'un vaisseau ont *hypothèque tacite* (4); et le Code n'a fait que se conformer à ce qui existait avant lui, en accordant privilège (ce qui, dans l'état de choses actuel, équivaut à l'hypothèque privilégiée des Romains) pour tous travaux d'art quelconques.

On voit donc que si nous avons puisé dans les lois romaines le principe du privilège dont il s'agit ici, nous l'avons organisé sur des bases beaucoup plus étendues. Du reste, les textes latins ci-dessus cités ne parlent que du prêteur de deniers, ou de celui qui a payé l'ouvrier; mais à combien plus forte raison ne sont-ils pas applicables aux ouvriers eux-mêmes qui réclament leur dû! Le Code a donc, avec juste raison, commencé par établir le privilège à l'égard des ouvriers (5). Ce n'est que dans le

(1) Sur Louet, lettre H, som. 21, n° 3.

(2) Vinnius, Quæst. selectæ, lib. 2, cap. 4. *Suprà*, n° 174.

(3) L. 26 et 34, *De privilegiis creditor*. Pothier, Pand., t. 2, p. 186, n° 33.

(4) Chap. 14, p. 63.

(5) Mais les formalités nombreuses auxquelles il est assujéti font qu'on y a rarement recours dans la pratique, comme je le dis plus bas (V. n° 245). C'est par ce motif que le privilège avait

n° 5 qu'il parle de ceux qui ont prêté des deniers pour rembourser les ouvriers.

242 *bis*. Notre article ne donne privilège que pour les travaux d'art qui ont *édifié* des ouvrages, qui les ont *réparés* ou *reconstruits*. Ce qui s'applique à la confection de canaux, à la construction de bâtiments, etc.

Mais serait-ce étendre la portée de notre article que de le faire profiter aux auteurs de grands travaux d'agriculture, tels que défrichements, plantations de vignes ou de bois?

M. Tarrible opine pour l'affirmative (1); et l'on ne peut nier que cette solution ne soit conforme au texte précis de l'art. 2103. Aussi a-t-il fallu que la loi du 16 septembre 1807 (2) intervînt pour accorder privilège pour les travaux de *dessèchement*.

La loi du 20 avril 1810 accorde privilège aux travaux pour recherches de mines (3).

243. Le privilège des ouvriers n'a pas lieu indéfiniment, *sed in quantum res pretiosior facta est*. Telle était la règle dans l'ancienne jurisprudence (4). Cependant, on faisait une distinction, ainsi qu'on le voit dans Pothier (5) : « Observez une différence entre celui qui a

été supprimé dans les divers projets présentés récemment pour la réforme du régime hypothécaire (V. le rapport de M. Persil, p. 89, et celui de M. de Vatimesnil, p. 19; voy. aussi toutes les rédactions).

(1) Répert., Privilège, sect. 4, § 4. Dalloz, Hyp., p. 52, n° 29.

(2) Tit. 5, art. 23.

(3) Dalloz, Hyp., p. 53, note 1.

(4) *Suprà*, n° 80 *bis*. Brodeau sur Louet. let. H, tom. 21, n° 5. Basnage, Hyp., ch. 14. Mornac, sur les lois 5 et 6, *qui potior*. L'art. 12 de la loi de brumaire an VII porte : « Il y a aussi privilège en faveur des ouvriers et de leurs cessionnaires, mais » seulement jusqu'à concurrence de la plus-value existante au » moment de l'aliénation d'un immeuble, quand cette plus-value » a pour origine les constructions, réparations et autres *impenses* » que les ouvriers y auraient faites, etc. »

(5) Procéd. civile, part. 4, chap. 2, p. 265. Voyez aussi *suprà*, n° 80 *bis*.

» conservé l'héritage de telle manière qu'il serait totale-
 » ment péri sans le travail qu'il y a fait; tel est celui
 » qui aurait fait faire une digue, sans laquelle la rivière
 » aurait emporté tout l'héritage qui en était voisin; et
 » celui qui a seulement rendu l'héritage meilleur, soit
 » en y construisant des bâtimens, soit en réparant ceux
 » qui y étaient. Le premier a un privilège sur le total de
 » l'héritage, ayant conservé le total au créancier, ayant
 » fait *ut res esset in bonis debitoris*; mais l'autre ne doit
 » avoir de privilège que sur la plus-value de l'héritage,
 » car il n'a pas fait *ut res esset in bonis debitoris*, mais
 » seulement *ut res esset melior*. C'est pourquoi il faut
 » faire une ventilation du prix de l'adjudication, lui don-
 » ner privilège seulement sur ce qu'on estimera que
 » l'héritage aura été plus vendu qu'il ne l'aurait été sans
 » la dépense qu'il y a faite de ses deniers, et distribuer
 » le surplus, sans avoir égard à son privilège (1). »

Mais cette distinction est-elle admissible depuis le Code Napoléon? ou bien notre article embrasse-t-il dans sa généralité tous les travaux quelconques, même les plus nécessaires, et réduit-il toujours le privilège à la plus-value? M. Grenier adopte l'affirmative (2). Cette opinion semble se fortifier de l'art. 2175 du Code Napoléon (3).

Au contraire, un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1824 a décidé la question dans le même sens que Pothier (4), et M. Persil et M. Dalloz estiment que la doctrine de ce jurisconsulte doit prévaloir sous le Code Napoléon.

Je serais enclin à adopter ce dernier parti, si le texte

(1) Il paraît que ce passage de Pothier a échappé à M. Grenier; sans cela il l'aurait cité de préférence à celui qu'il a puisé dans l'introduction au tit. 20, n° 38, de la Coutume d'Orléans (Hyp., t. 2, n° 411).

(2) T. 2, n° 411.

(3) V. n° 858, *infra*.

(4) Dalloz, Hyp., p. 60 et p. 53, n° 34.

de notre article n'y faisait pas obstacle. Il parle en effet des *réparations* sans distinguer si elles sont des réparations de conservation ou de simple amélioration, si elles sont *nécessaires* ou simplement *utiles*, et il les soumet toutes à cette disposition générale que le *privilege se réduit à la plus-value*. Si l'on insiste, avec la Cour de cassation, pour dire que l'art. 2103 n'est pas applicable aux travaux *nécessaires* et qu'il ne concerne que les travaux d'amélioration *volontaire*, je demanderai quel sera, en l'absence de l'art. 2103, celui sur lequel on se fondera pour réclamer le privilège dont on parle en faveur des travaux nécessaires. Comment ne voit-on pas que l'art. 2103 étant le seul sur la matière, il faut l'accepter avec sa limitation ou renoncer à tout privilège? Notre interprétation se fortifie du rapprochement de notre article avec l'art. 12 de la loi de brumaire an VII.

244. Cette plus-value est, d'après notre article, celle qui existe à l'époque de l'aliénation de l'immeuble faite par l'acquéreur propriétaire de cet immeuble. Elle se fait, comme le dit Pothier, au moyen d'une ventilation du prix porté dans le contrat de vente ou dans l'adjudication. On compare la valeur au moment de la vente ou de l'adjudication avec la valeur qu'avait l'immeuble au moment où les travaux ont été faits (1).

Dans tous les cas, et quels que soient les déboursés, le privilège ne peut excéder les valeurs constatées par le procès-verbal de réception des travaux dont je vais parler tout à l'heure. Il résulte de cette restriction du privilège à la *plus-value*, que le droit des ouvriers est souvent mal assuré, comme dit Basnage (2), et qu'ils sont exposés à voir une partie de leur dû tomber dans la classe des créances chirographaires (3). Il arrive presque toujours

(1) *Suprà*, n° 80 bis.

(2) Chap. 14.

(3) D'Héricourt, Vente des immeubles, ch. 11, sect. 1, n° 7.

que la dépense de réparation est plus forte que l'amélioration ou la plus-value qui en résulte (1).

245. Pour prévenir les fraudes, il était nécessaire, dans l'intérêt des tiers, de prendre des précautions pour que la valeur des travaux fût invariablement déterminée. Aussi le privilège des ouvriers est-il subordonné aux conditions suivantes :

D'abord, un expert nommé d'*office* (2), par le tribunal de première instance dans le ressort duquel les bâtiments sont situés, doit dresser *préalablement* un procès-verbal constatant l'état des lieux, relativement aux ouvrages que le propriétaire déclarera avoir dessein de faire (3).

(1) *Infra*, n° 857. Loys., Déguerp., liv. 6, ch. 9, n° 15.

(2) Pourquoi d'*office*? Afin de prévenir les fraudes dont pourraient être victimes les créanciers qui ne sont pas appelés à la confection des procès-verbaux (M. Delvincourt, t. 3, p. 286, n° 7, notes).

(3) Un arrêt de la cour de Bordeaux du 2 mai 1826, D. 26, 2, 226, a décidé que l'on pouvait tenir compte d'un procès-verbal d'état des lieux dressé *depuis* le commencement des travaux.

Mais il ne faut suivre un tel errement qu'autant que les lieux n'auraient pas encore été changés par les travaux commencés, et que la description de leur état ne souffrirait pas de difficulté; sinon les estimations de l'expert manqueraient de base fixe. Et c'est ce qui a été jugé par la Cour de cass. le 20 nov. 1839 (Sirey. 39, 1, 903).

Dans l'espèce de l'arrêt rendu par la cour de Bordeaux, l'expert avait procédé suivant les renseignements que les parties elles-mêmes avaient été d'accord pour lui donner. On sent toute la faveur de ce cas, et je ne saurais par conséquent m'associer à la critique que M. A. D. a faite de cette décision dans le journal de M. Dalloz (34, 2, 167).

C'est parce qu'une circonstance aussi décisive ne se rencontrait pas que la cour de Paris a eu raison d'appliquer à la lettre l'article 2103 par arrêt du 6 mars 1834 (D. 34, 2, 167). Elle a pensé que l'état des lieux doit rigoureusement précéder tous les travaux. Néanmoins, par une équitable interprétation, il lui a semblé que le constructeur est privilégié pour les travaux faits postérieurement à la constatation juridique des lieux. Ce tempérament sera approuvé par tous les jurisconsultes.

Lorsque les ouvrages sont déterminés, un expert nommé d'*office* (1) de la même manière doit en faire la réception *dans les six mois au plus de leur perfection*, et en dresser un procès-verbal.

Sans l'accomplissement de ces formalités, qui rarement du reste sont mises en usage, du moins dans les provinces, les ouvriers sont réduits à la condition de créanciers chirographaires (2).

246. Que doit-on décider à l'égard des intérêts qui peuvent être dûs aux ouvriers?

Ces intérêts ne sont pas dûs de plein droit. Ils ne peuvent être dûs qu'en vertu d'un jugement; et alors ils ont une hypothèque judiciaire, et ne prennent rang que du jour de l'inscription. Quant aux intérêts qui seraient stipulés dans la convention, ils ne peuvent jamais avoir de privilège. Car la loi ne donne de privilège que pour la valeur des travaux pris en eux-mêmes, sans qu'ils puissent excéder la plus-value, et pour ce qui est *im-pense* (3).

246 bis. Le privilège du constructeur ne peut pas dépasser la *plus-value*, venons-nous de dire.

Mais il pourrait arriver que ce qui lui est dû ne fût pas d'une valeur égale à cette plus-value. Il ne pourrait alors se payer sur elle qu'à concurrence de son dû; car il serait injuste qu'il l'absorbât tout entière, s'il n'était pas créancier d'une somme égale. L'indication de la *plus-value* figure dans notre article comme un *maximum* qu'il ne faut jamais dépasser. Mais ce n'est pas

(1) V. la note 2, ci-contre.

(2) L'obligation de remplir ces formalités s'applique au cas où il s'agit de constructions entièrement neuves sur un terrain nu, comme au cas de reconstruction ou réparations d'anciens bâtiments. Arrêt de Bordeaux du 26 mars 1834 (Sirey, 34, 2, 375. Dalloz, 34, 2, 186). Arrêt de Paris du 6 mars 1834 (Sirey, 34, 2, 308. Dalloz, 34, 2, 166), et du 25 nov. 1843 (*J. du Pal.* 1843, t. 2, p. 793).

(3) Sens de ce mot, n° 837.