

825. Notre article confirme de la manière la plus expresse ce que j'ai dit n° 785 et 786, que le délaissement n'est pas une aliénation, mais seulement une abdication de la possession, et que l'acquéreur reste propriétaire de la chose jusqu'à l'adjudication. C'est seulement par l'adjudication qu'il y a aliénation définitive, et que la chose cesse de lui appartenir.

De ce principe résultent plusieurs conséquences.

1° L'acquéreur peut, jusqu'à l'adjudication, reprendre sa chose, pourvu qu'il paye toute la dette et les frais (art. 2173);

2° Le délaissement n'opère pas mutation. La loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 4, n° 1, ne l'assujettit, par suite, qu'à un droit fixe de cinq francs;

3° Si l'immeuble périt par cas fortuit avant l'adjudication, la perte retombe sur l'acquéreur. *Res perit domino*, et il n'aura pas de garantie contre son vendeur pour ce fait de force majeure imprévue (1);

4° Si, après l'adjudication de l'héritage délaissé, il se trouve plus d'argent qu'il n'en faut pour payer toutes les dettes, le surplus appartient à celui qui a fait le délaissement, en déduction du prix de son acquisition et de ses dommages et intérêts (2).

826. On a demandé si, le délaissement étant effectué par l'acquéreur, et les créanciers y renonçant, ce même acquéreur peut se dispenser de reprendre l'immeuble, et le laisser au vendeur, malgré la volonté de ce dernier.

Cette question s'est présentée devant la cour de Riom, qui, par arrêt du 17 avril 1820, rendu sous la présidence de M. Grenier, et sur les conclusions de M. Pagès, procureur général, a décidé que, lorsque le délaissement est fait, le vendeur ne peut forcer l'acquéreur à reprendre

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 378, n° 5.

(2) Loyseau, lib. 6, ch. 7, n° 4. Colmar, 22 novembre 1831 (Dall., 32, 2, 35).

la chose, au cas où les créanciers renoncent à faire l'expropriation, et se désistent de leur demande en délaissement (1).

Dans l'espèce de cet arrêt, le vendeur s'était empressé de payer les créanciers qui avaient demandé le délaissement, et ceux-ci s'étaient désistés. Il y avait bien d'autres inscriptions au profit de créanciers qui n'avaient pas été parties dans les poursuites en délaissement. Mais le vendeur offrait caution à l'acquéreur qu'il ne serait pas inquiété; seulement, il voulait que l'acquéreur reprît l'immeuble, et que par une voie indirecte il ne parvînt pas à résilier le contrat. Mais l'acquéreur refusait d'y consentir; et suivant quelques circonstances de la cause, on est autorisé à penser que sa résistance était dictée parce que l'immeuble avait perdu sa valeur, et que la conservation ne lui en était pas avantageuse. Il disait que le délaissement avait tout consommé entre lui et son vendeur; qu'une fois sorti de ses mains, il ne pouvait être forcé à reprendre un immeuble qui serait pour lui la source d'une longue involution de procédures.

Le système de l'acquéreur, proscrit par les premiers juges, fut accueilli pleinement par la cour impériale. J'ai vainement cherché la citation de cette décision dans l'ouvrage de M. Grenier. J'espérais que cet auteur me donnerait la clef d'un arrêt si extraordinaire par les principes qu'il contient et les résultats qu'il amène. M. Grenier n'en parle pas.

Quoi qu'il en soit, cette décision ne peut être en droit d'aucune autorité. Qui ne voit, en effet, que l'adjudication n'ayant pas eu lieu, la propriété était toujours restée à l'acquéreur, qu'il n'en avait pas été privé un seul instant, et que c'était de sa part une absurdité de ne pas vouloir se ressaisir d'une chose qui n'était jamais sortie de son domaine? A part toutes les circonstances de fraude, on voyait clairement qu'il voulait arriver à la résolution

(1) Sirey, 23, 2, 87; Dalloz, Hyp., p. 348, n° 3.

du contrat; mais il n'osait pas la demander, et il est à remarquer qu'il n'y concluait pas. Plus confiant dans des moyens détournés et moins dignes par conséquent de fixer l'attention des juges, il soutenait que le délaissement l'avait dépouillé au regard du vendeur. Mais ce n'était là qu'un sophisme. Le délaissement ne rompt pas le fil qui unit la chose au propriétaire. Les droits restent toujours intacts; et s'il n'y a pas d'adjudication, c'est comme si l'acquéreur n'eût jamais été recherché. Loyseau va même jusqu'à dire, et avec raison, que le débiteur originaire, qui paye les créanciers poursuivants, *fait cesser et révoquer le délaissement, et contraindre l'acquéreur de reprendre l'héritage* (1).

826 *bis*. Lorsque le tiers détenteur a déclaré vouloir reprendre la chose délaissée, en offrant de payer toute la dette et les frais, il devient débiteur *personnel* des créanciers. On a vu ci-dessus quelques conséquences de cet état de choses (2). Ainsi, il n'est plus nécessaire d'avoir une inscription pour poursuivre un tiers détenteur qui se trouve dans une telle position.

ARTICLE 2174.

Le délaissement par hypothèque se fait au greffe du tribunal de la situation des biens; et il en est donné acte par le tribunal.

Sur la pétition du plus diligent des intéressés, il est créé à l'immeuble délaissé un curateur sur lequel la vente de l'immeuble est poursuivie dans les formes prescrites pour les expropriations.

SOMMAIRE.

827. Le délaissement se fait en justice. Sa forme.

828. Pourquoi l'expropriation se suit sur un curateur.

(1) Liv. 6, ch. 7, n° 4.

(2) Arrêt de cassation, *suprà*, n° 726 *ter*.

829. A qui doit se faire le commandement quand on poursuit l'expropriation sur le curateur.

COMMENTAIRE.

827. Le délaissement doit se faire en justice par acte au greffe de la situation des biens. Cet acte doit être signé de la partie et du greffier. On le signifie au vendeur et aux créanciers (1); puis, par simple acte, le possesseur somme le créancier poursuivant de comparaître devant le tribunal pour voir dire qu'attendu qu'il est simple tiers détenteur, il lui sera donné acte du délaissement.

Il est possible que le délaissement soit contesté. Les créanciers inscrits peuvent avoir intérêt à repousser l'offre qui leur en est faite, soit parce qu'elle émane d'une personne incapable, soit parce qu'étant faite par un possesseur obligé personnellement à la dette, il leur est plus avantageux d'avoir le prix stipulé dans le contrat d'acquisition que d'avoir la valeur actuelle d'un bien qui peut avoir dé péri.

Dans ce cas, le créancier répond par simple acte; on va à l'audience, et le tribunal statue.

Si le délaissement n'est pas contesté, il n'est pas nécessaire, dit Pigeau, de le faire recevoir par jugement. Ce sont en effet des frais inutiles. Le créancier le plus diligent fait nommer un curateur. Il présente à cet effet une requête dans laquelle il demande acte du délaissement et nomination du curateur.

828. C'est sur ce curateur que la vente est poursuivie dans la forme des expropriations forcées (2). « Il ne faut » pas trouver mauvais, dit Loyseau, que le décret ne se » poursuive pas sur celui qui a fait le délaissement de

(1) Pigeau, t. 2, p. 448. Pothier, Orléans, t. 20, n° 50.

(2) Il représente non-seulement l'acquéreur délaissant, mais encore le débiteur principal : celui-ci ne peut donc pas former tierce opposition aux jugements rendus avec le curateur. — Paris, 10 janvier 1835 (Sirey, 35, 2, 81 ; Dalloz, 37, 2, 125).

» l'héritage, encore qu'il en demeure toujours seigneur,
 » mais sur le curateur aux biens vacants. Car cela se fait
 » à l'exemple de la cession des biens, où il a été ordonné,
 » par le droit, que la vente se ferait sous le nom d'un
 » curateur, ou *magister bonorum*, afin d'éviter l'infamie
 » ou l'ignominie qui, selon l'ancien droit, résultait de la
 » vente et distraction publique des biens (1). »

Ces raisons restent encore aujourd'hui dans toute leur force ; car nos mœurs modernes, malgré ceux qui les calomnient, sont empreintes d'une juste sévérité pour celui qui se laisse déchoir du rang honorable de propriétaire. Aussi M. Delvincourt (2) me paraît-il avoir été trop réservé lorsqu'il dit que la nomination du curateur a pour objet d'empêcher *les désagréments* de l'expropriation. L'expression de désagrément n'est pas assez forte. S'il ne fallait pas parler de note d'infamie, du moins le mot de honte eût été à sa place (3).

829. Lorsque les créanciers vont poursuivre sur le curateur l'expropriation des biens délaissés, à qui doivent-ils faire le commandement requis par l'art. 673 du Code de procédure civile, et par l'art. 2217 du Code Napoléon ?

D'abord il ne me paraît pas que ce soit au curateur. Il n'est pas débiteur ; il n'a pas possibilité de payer : il n'est que le *plastron* de la poursuite en saisie immobilière, si l'on peut ainsi parler.

Est-ce au tiers détenteur ? Mais à quoi bon faire ce commandement au tiers détenteur ? Le commandement a pour objet de demander le paiement de la somme due, et il est déjà certain que le détenteur ne payera pas, puisque c'est pour ne pas payer qu'il fait le délaissement. D'ailleurs, les art. 2217 du Code Napoléon, et 673 du Code de procédure civile, n'exigent de commandement qu'au *débiteur*. Or, le tiers détenteur n'est pas débiteur ;

(1) Liv. 6, ch. 7, n° 5.

(2) T. 3, p. 378, note 6.

(3) *Suprà*, n° 811.

une fois qu'il a fait le délaissement, il n'y a plus de lien entre le créancier et lui : il devient *penitus extraneus*.

C'est donc au débiteur principal que le commandement doit être fait. Lui seul est *débiteur* ; et , quoiqu'il ait vendu l'immeuble, cependant il ne peut lui demeurer étranger.

Toutefois , si le créancier avait déjà fait au débiteur originaire le commandement prescrit par l'art. 2169 du Code Napoléon, et que ce commandement ne fût pas périmé, je pense que l'on pourrait procéder à la saisie sur le curateur sans le renouveler. Il a suffi pour avertir le débiteur et éveiller son attention. D'ailleurs il ne faut pas multiplier inutilement les formalités et les frais.

Mais si le délaissement eût été fait sans avoir été précédé du commandement dont parle l'art. 2169, dans ce cas, il serait indispensable que le créancier poursuivant fît ce commandement au débiteur, avant de commencer la poursuite sur le curateur. Sans cela, sa poursuite serait nulle. Je pense que c'est en ce sens qu'on doit entendre un arrêt de la cour de Riom, du 20 août 1821, rapporté par M. Grenier (1). Car, si M. Grenier avait voulu établir qu'indépendamment du commandement prescrit par l'art. 2169, il en faudrait un nouveau au débiteur avant de procéder à la poursuite sur le curateur, je ne pourrais pas partager cet avis.

ARTICLE 2175.

Les détériorations qui procèdent du fait ou de la négligence du tiers détenteur, au préjudice des créanciers hypothécaires ou privilégiés, donnent lieu contre lui à une action en indemnité ; mais il ne peut répéter ses impenses et améliorations que jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration.

(1) T. 2, p. 68.

SOMMAIRE.

- 830. Liaison. Détériorations et améliorations en cas de délaissement.
- 831. Détériorations fortuites. Des déteriorations du fait du tiers détenteur. Distinction admise dans l'ancienne jurisprudence entre les déteriorations antérieures à la demande sur action hypothécaire et les déteriorations postérieures.
- 832. Pourquoi cette distinction est inadmissible sous le Code Napoléon.
- 833. Cas où l'on demande s'il y a déterioration.
- 834. Coupe de bois taillis. Coupe de futaie,
- 835. Améliorations dont le tiers détenteur a droit d'être indemnisé. Raison de cette indemnité.
- 836. Le tiers détenteur ne peut se faire payer des améliorations par droit de rétention.
- 837. La répétition ne doit porter que sur la plus-value. Définition des impenses et des améliorations.
- 838. Mais si la plus-value dépasse l'impense, le tiers détenteur ne doit répéter que l'impense.
- 838 *bis*. Si l'impense n'a pas produit d'amélioration, bien qu'elle fût nécessaire, il n'y a pas lieu à répétition. Rejet de l'opinion contraire de MM. Delvincourt et Dalloz. Quand bien même l'impense serait *nécessaire*, il ne doit y avoir répétition que de la plus-value. Critique d'un arrêt de la Cour de cassation, au moyen des lois romaines, de l'opinion de Cujas, Loyseau et Bourjon.
- 838 *ter*. Pour appliquer notre article, il n'y a pas lieu à distinguer si le tiers détenteur est ou non de bonne foi.
- 839. Le tiers détenteur ne compense pas les améliorations avec les fruits qu'il a perçus.
- 839 *bis*. L'évaluation de l'amélioration doit se faire par experts.
- 839 *ter*. Doivent-ils faire leur évaluation en bloc ou pièce à pièce ?

COMMENTAIRE.

830. Notre article embrasse deux objets : dans la première partie, il est relatif aux déteriorations qui résultent

du fait du détenteur, et qui ont causé du dommage aux créanciers (1). Dans la seconde, il s'occupe du cas où le détenteur a fait des améliorations à la chose qu'il délaisse.

Cet ordre est celui que je vais suivre dans le commentaire de l'art. 2175. Voyons pour les détériorations.

831. D'abord il est certain que le tiers détenteur n'est pas tenu des détériorations fortuites ou naturelles. Car, dit Loyseau (2), *il déguerpit pour les dettes d'autrui, et perd lui-même le plus*. Aussi notre article ne le rend-il responsable que des détériorations qui procèdent *de son fait* ou de sa *négligence*.

Ces détériorations sont les démolitions de constructions, et autres actes provenant non pas seulement de la faute du tiers détenteur, mais encore de son fait, et qui ont causé du dommage aux créanciers (3).

Pour apprécier les devoirs du tiers détenteur, sous ce rapport, on peut prendre pour guide l'article 605 du Code Napoléon. Si les détériorations ont été occasionnées par le défaut de réparation et d'entretien, avant l'acquisition faite par le tiers détenteur, il n'est pas responsable. Les réparations qu'il ferait seraient volontaires, et constitueraient à son égard *une amélioration* : mais si les dégradations ont été occasionnées par défaut d'entretien depuis son acquisition, alors s'ouvre contre lui une action en indemnité.

La constitution d'une servitude qui diminue l'héritage

(1) Le droit de demander une indemnité de ce chef n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires inscrits ; les créanciers non inscrits et les créanciers chirographaires ne l'ont pas personnellement ; cependant ces derniers peuvent intenter l'action, comme exerçant les droits de leur débiteur, aux termes de l'art. 1166 du Code Napoléon. Toulouse, 30 mai 1833 (Sirey, 34, 2, 528). V. aussi M. Persil, art. 2175, n° 2.

(2) Liv. 5, ch. 14, n° 7.

(3) V. mon Comm. sur la *Vente*, n° 738. J'y discute aussi (n° 361 et suiv.) le système des fautes, qui est si controversé.

de valeur est-elle assimilée à une détérioration ? Je touche plus bas cette question (1).

Dans l'ancienne jurisprudence on faisait une distinction importante entre les détériorations arrivées avant la demande en déclaration d'hypothèques et les détériorations survenues depuis.

On pensait que les détériorations occasionnées par le fait, ou la négligence, ou la faute du détenteur, avant l'action hypothécaire, ne donnaient lieu à aucune action en indemnité contre lui : car, étant maître de sa chose, il pouvait en user et en abuser. *Qui enim rem suam neglexit, nullius querelæ subjectus est. L. Si quid possessor, § sicut., D. de petit. hæred.*

Cela avait lieu quand même le tiers détenteur aurait su que l'héritage était hypothéqué ; car l'hypothèque, disait-on, n'empêche pas qu'il ne soit propriétaire et qu'il ne puisse disposer de la chose jusqu'à ce qu'il soit poursuivi hypothécairement pour être condamné à délaisser. Il a pu penser que le débiteur satisferait le créancier, et qu'il ne serait pas soumis à l'action hypothécaire.

Mais, depuis que le tiers détenteur avait été ajourné par l'action hypothécaire, il ne pouvait plus toucher à l'héritage au préjudice du créancier, parce qu'alors l'héritage était *plus particulièrement* affecté à l'hypothèque, dit Loyseau, et que d'ailleurs il fallait qu'après la condamnation il délaisât l'héritage tel qu'il était lors de la demande, *L. Si fundus, § interdum, D. De pignorib. (2).*

832. Cette distinction ne peut plus être admise aujourd'hui que l'action hypothécaire et le quasi-contrat qu'elle produisait pour délaisser l'immeuble tel qu'il était au jour de la demande, sont effacés de nos lois. Il faut dire que le tiers détenteur est tenu des dégradations qu'il a commises postérieurement aux inscriptions, sans

(1) *Infrà*, n° 843 bis.

(2) Loyseau, liv. 5, ch. 14, n° 7, 8, 10. Pothier, Orléans, t. 20, n° 47, 48.

qu'il soit besoin d'aucune sommation. Le système de la publicité a dû amener cette innovation. L'inscription est un avertissement officiel qui exclut le doute ; le tiers détenteur ne peut prétexter cause d'ignorance. D'ailleurs l'inscription est une espèce de prise de possession de la chose par le créancier ; elle produit sur l'immeuble une affectation plus étroite que l'hypothèque occulte de l'ancienne jurisprudence. On a fait attention à ces expressions remarquables de Loyseau, que *la demande en déclaration d'hypothèque affecte plus particulièrement l'immeuble à l'hypothèque*. On a vu que c'est là une des raisons pour dire que, depuis cette demande, le tiers détenteur ne peut pas faire de détériorations. Aujourd'hui les poursuites hypothécaires ne donnent pas plus d'étreinte à l'hypothèque qu'elle n'en avait auparavant. Elle reste toujours telle que l'avait faite l'inscription. Car il est impossible d'arriver à un degré d'affectation plus étroit que celui que produit l'inscription. Ainsi, l'on doit dire que l'inscription engendre chez nous tous les effets qui n'étaient attachés, dans la jurisprudence ancienne, qu'à l'action hypothécaire (1).

833. Ainsi, si le tiers détenteur avait démoli la maison hypothéquée, il serait tenu à indemniser les créanciers inscrits avant cette démolition. Si l'on trouve un arrêt de la Cour de cassation, du 9 août 1825, qui semble juger que le tiers acquéreur qui démolit la maison hypothéquée pour en vendre les matériaux, n'est pas soumis à une indemnité envers les créanciers hypothécaires, c'est que cet arrêt est rendu dans une espèce où il y avait bonne foi de la part du tiers détenteur, et où il était décidé en fait que la vente des matériaux avait eu lieu au vu et su des créanciers, qui n'avaient pas réclamé (2).

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 382, note 10. M. Grenier, t. 2, p. 89. M. Dalloz veut que le tiers détenteur ne soit responsable des dégradations que depuis la sommation (Hyp., p. 354, n° 9). Il cite à l'appui de son opinion M. Grenier, qui dit tout le contraire.

(2) Dal., 26, 1, 3, 4.

La démolition avait été, en effet, la charge de la vente. L'acquéreur n'était pas un véritable tiers détenteur : il n'avait acheté que des choses mobilières (1), puisque l'obligation de détruire la maison mobilisait les matériaux. Enfin, cette destruction n'était pas *du fait* de l'acquéreur, puisque telle était la condition de son marché, et qu'il n'avait pas été libre de démolir ou de ne pas démolir.

834. On ne peut ranger dans la classe des détériorations les coupes régulières des bois taillis et des bois de haute futaie aménagés. Ces coupes sont *fruits*, d'après les art. 590 et 591 du Code Napoléon. Les créanciers n'y ont droit que depuis la sommation, comme on le verra dans l'article suivant. Pour le temps antérieur, le tiers détenteur est libre d'en disposer ; car l'hypothèque ne doit pas l'empêcher de jouir des fruits et de l'utilité de la chose.

Mais, en ce qui concerne les hautes futaies non aménagées, M. Persil pense que le tiers détenteur (2) ne peut y toucher au préjudice des créanciers inscrits. Car ces hautes futaies font toute la valeur du sol. S'il les abat, il en devient responsable. C'est une dégradation. On cite, à l'appui de cette opinion, le passage suivant de Basnage : « Et comme *un créancier* ou un acquéreur peut » veiller pour la conservation de ses hypothèques, et » empêcher qu'elles ne soient affaiblies ou diminuées par » la détérioration des biens qui lui sont hypothéqués, il » fut jugé, le 10 avril 1653, que celui qui avait acheté » des bois de haute futaie était tenu de bailler caution aux » créanciers hypothécaires, du prix du bois qu'il faisait » abattre, parce que la valeur du fonds hypothéqué était » diminuée par cette valeur. »

Cette opinion ne me paraît pas cependant très-satisfaisante, comme je l'ai dit *suprà* (3). Une futaie n'est pas

(1) *Suprà*, n° 777.

(2) T. 1, p. 249.

(3) N° 404. V. aussi mon Comment. sur le titre de la *Vente*, n° 491.

comme une maison : elle est destinée tôt ou tard à être coupée, au lieu qu'une maison est faite pour rester debout. Si donc le propriétaire fait couper la futaie, sans fraude, pour ses besoins, et à l'époque favorable pour cela, je ne crois pas que ce soit là une *dégradation*. C'est l'usage légitime d'un droit. C'est remplir la destination naturelle d'une futaie, et les créanciers doivent s'imputer de s'être contentés d'un gage si fragile.

835. Voyons ce qui concerne les améliorations faites par le tiers détenteur.

D'abord la loi ne donne une indemnité au tiers détenteur que pour les améliorations qui proviennent de son fait ; car les améliorations naturelles, telles qu'alluvion, etc., tournent au profit du créancier hypothécaire, et ne donnent lieu à aucune répétition en faveur du tiers détenteur (1).

836. Quant aux améliorations qui sont le fait même du tiers détenteur, comme constructions, plantations, etc., il est certain qu'en droit, l'hypothèque les affecte ; car nous avons vu, par l'art. 2133, que l'hypothèque s'étend à toutes les améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué, et il n'importe que ces améliorations soient faites par le débiteur ou par un tiers détenteur. Il ne faut pas hésiter à dire que celles-là même qui proviennent du fait du tiers détenteur sont saisies par l'hypothèque et susceptibles du droit de suite (2). Seulement l'équité a voulu que le tiers détenteur fût indemnisé de ses dépenses jusqu'à concurrence de l'augmentation de valeur que la chose en a reçue, *quatenus res pretiosior facta est* (3) ; car les créanciers, qui le dépossèdent, ne doivent pas s'enrichir à ses dépens (4).

(1) Loyseau, liv. 6, ch. 8, n° 1. L. 29, § 1, D. *De pignor.*

(2) Loyseau, liv. 6, ch. 8, n° 2.

(3) Loi précitée, § 2.

(4) Du reste, la règle est applicable même au cas d'améliorations faites à un *meuble* par l'acquéreur de ce meuble, entre les mains duquel il est revendiqué par un créancier privilégié du vendeur. Douai, 29 août 1842 (Sirey, 43, 2, 416).

Mais un point plus difficile est de savoir si le tiers détenteur a le droit de rétention sur l'immeuble, et s'il peut s'opposer à la saisie jusqu'à ce qu'il ait été payé de la valeur de ses améliorations.

Si la question devait être jugée par les lois romaines, elle ne serait pas longtemps douteuse. La loi 29, § 2, D. *De pignorib. et hypoth.*, décide formellement que le tiers détenteur assigné en action hypothécaire, qui a fait des impenses sur l'immeuble, a droit de le retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé. J'ai cité ailleurs d'autres lois qui décident la même chose (1). J'y ai joint l'autorité de Voët et de Favre (2), qui ont écrit sous l'influence du droit romain.

Mais Loyseau enseignait (3) que ces lois ne pouvaient se garder en France. En effet, dans le droit romain, un créancier postérieur n'avait pas le droit de vendre la chose, avant d'avoir payé le créancier qui lui était préférable. Or, celui qui avait bâti l'édifice (4) étant le plus privilégié, il s'ensuivait que les créanciers hypothécaires ne pouvaient faire vendre qu'après lui avoir payé ses améliorations. Mais, en France, il n'en était pas ainsi : tout créancier avait droit de saisie. Le plus privilégié n'avait d'autre avantage que de se faire colloquer préférentiellement. De là, Loyseau concluait que le tiers détenteur privilégié pour ses impenses n'avait pas le droit de rétention, qu'il pouvait être contraint à délaisser, même avant que le prix de ses impenses lui eût été remboursé, sauf à lui, après que l'héritage aurait été vendu, à se faire colloquer à l'ordre par privilège. C'était aussi l'opinion de Pothier (5), qui, après avoir cité Loyseau, s'étaye des mêmes raisons que lui ; mais Basnage pensait que le tiers détenteur pouvait user du droit de réten-

(1) N° 260.

(2) C., déf. 19, liv. 8, t. 9.

(3) Liv. 6, ch. n° 8.

(4) *Suprà*, n° 241.

(5) Orléans, t. 20, n° 38.

tion (1). Je dois dire cependant que cet auteur ne discute pas la question : d'ailleurs il manque tout à fait de critique; et, dans tout ce qui ne tient pas à la routine du barreau, son opinion ne peut être d'un grand poids.

Sous le Code Napoléon, M. Tarrible a soutenu que le droit de rétention peut être exercé par le tiers acquéreur (2), et il se fonde sur la loi 29, § 2, D. *De pignorib.* Son avis est suivi par M. Battur (3). Aucun de ces auteurs n'a essayé de répondre à la raison péremptoire par laquelle Loyseau prouve que la décision de la loi romaine n'est pas compatible avec un système hypothécaire différent de celui adopté à Rome pour la vente des gages. C'était cependant par là qu'il fallait commencer pour invoquer cette loi. Mais il ne paraît pas que, dans cette discussion, MM. Tarrible et Battur aient porté leur attention sur l'opinion de Loyseau et de Pothier, omission inconcevable dans un auteur aussi exact et aussi éclairé que M. Tarrible.

Je crois que M. Grenier a suivi la véritable route (4), lorsqu'il a soutenu que l'opinion de Loyseau et de Pothier devait prévaloir sous le Code Napoléon. Le texte de l'art. 2175 me paraît prouver en effet qu'il a été rédigé sous l'influence de ces deux grandes autorités. Il ne parle pas de rétention; il donne seulement un droit *de répétition*. Cette expression *répétition* est remarquable; elle

(1) Ch. 16, p. 88.

(2) Répert., v° Privilège.

(3) T. 2, p. 60 et 61. — V. encore un argument, en ce sens, dans un arrêt de la cour de Douai du 18 mars 1840 (40, 2, 289). Et il a été jugé qu'une communauté religieuse qui a été dépossédée par une ordonnance, au profit d'une ville, d'un immeuble dont la possession lui avait été concédée par une autre ordonnance, a le droit de retenir cet immeuble jusqu'à ce qu'elle ait été indemnisée par la ville de toutes les impenses nécessaires ou utiles qu'elle y a faites. Rennes, 8 février 1841 (Sirey, 41, 2, 453).

(4) *Junge* MM. Dalloz, Hyp., 35, n° 2; Persil, art. 2175, n° 6; Coulon, Quest. de Dr., t. 2, p. 159.

donne la juste idée du droit du tiers détenteur. Il n'a qu'une créance, et pas un droit de rétention, qui paralyserait l'exercice des actions hypothécaires, et qui entraverait l'exécution de l'art. 2169. Car il ne faut pas perdre de vue que l'hypothèque frappe sur les améliorations comme sur la chose même, ainsi que je l'ai dit il n'y a qu'un instant. Il faut donc que le droit de suite par hypothèque y exerce son empire, et que les améliorations se vendent avec le fonds. Et pourquoi d'ailleurs une exception serait-elle accordée au tiers détenteur? Serait-ce parce que ses améliorations le rendent préférable pour sa plus-value à tous les créanciers hypothécaires? Mais ce n'est pas un motif pour empêcher la vente de la chose hypothéquée. C'est ce que j'ai prouvé ci-dessus, n° 804, dans un cas analogue. Une hypothèque n'empêche pas l'autre.

M. Tarrible insiste cependant en faveur du droit de rétention, et dit que si ce remède n'est pas accordé au tiers détenteur, il se verra frustré de ses sûretés; car la créance que lui donne l'art. 2175 n'est pas privilégiée. Le législateur ne s'en explique pas, et l'on ne peut étendre les privilèges. Pour que cette créance pût être privilégiée, il faudrait que le tiers détenteur eût pris les précautions indiquées par l'art. 2103 du Code Napoléon pour les architectes, et c'est ce que ne pensera jamais à faire un propriétaire qui travaille sur sa propre chose, et à part toute idée d'éviction et de répétition.

Je renvoie à la réponse que M. Grenier a faite à ces raisons de M. Tarrible (1). Je ne pourrais que copier cet auteur. Je me bornerai à dire qu'il est évident que notre article, en donnant au tiers détenteur une répétition pour sa plus-value au moment où la chose va être vendue et le prix distribué, a été rédigé dans des idées de préférence sur ce prix, qui sont d'accord avec le système de Loyseau et de Pothier. Cette préférence est inhérente à

(1) T. 2, p. 85.

la plus-value; elle n'a pas besoin d'être justifiée par des moyens auxiliaires, tels que ceux qu'on exige à l'égard des architectes pour prévenir les fraudes.

Cette opinion se corrobore d'un arrêt de la cour de Turin du 30 mai 1810, et d'un arrêt de la Cour de cassation du 29 juillet 1819, confirmatif d'un arrêt de la cour de Pau, qui avait repoussé le système de M. Tarrible (1).

Du reste, s'il y avait lieu de craindre que les frais de l'expropriation absorbassent le prix, et que le détenteur perdît ses impenses, je pense, d'après Pothier et ce que j'ai dit *suprà*, n° 804, que ce détenteur pourrait exiger que le créancier poursuivant lui donnât caution (2) que l'immeuble serait porté à si haut prix que le délaissant y trouverait le prix de ses impenses.

837. Les répétitions du tiers détenteur pour impenses et améliorations ne peuvent porter que sur la plus-value (3). C'est ce que disait la loi 29, § 2, D. *De pignorib.*

(1) Dall., Hyp., p. 335, 356. — Je dois ajouter qu'en outre du système que je défends et de celui qu'a soutenu M. Tarrible, il en existe un troisième qui a été présenté par M. Zachariæ, t. 2, § 287, note 7, d'après lequel le tiers détenteur aurait seulement une action *de in rem verso*, qu'il pourrait exercer dans l'ordre par voie de distraction. — Et il a été jugé que l'acquéreur qui s'est obligé par son contrat à payer les créanciers des propriétaires précédents et à effectuer certains travaux nécessaires pour que la chose achetée puisse remplir sa destination, n'a, dans le cas où la revente de l'immeuble est poursuivie par le créancier hypothécaire, aucun privilège sur le prix, à raison de la plus-value résultant de ces travaux. Cassation, 8 juillet 1840 (Sirey, 40, 1, 993).

(2) M. Dalloz est d'avis contraire. Hyp., p. 353, n° 4.

(3) Et cette plus-value doit ou peut se composer de la différence entre ce que l'immeuble vaudrait au jour de l'adjudication ou éviction, si les améliorations n'avaient pas été faites, et la somme qu'il a produite avec ces améliorations : on ne doit point, du moins nécessairement, avoir égard à la valeur de l'immeuble à l'époque où les travaux ont été faits. Cass., 28 novembre 1838 (Sirey, 38, 1, 951; *J. Pal.*, 1838, t. 2, p. 655).

« Non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, »
 » quàm *sumptus* in extractione erogatos, *quatenus pretio-*
 » *sior res facta est*, restituerent. »

Loyseau (1) donne une définition aussi axacte que précieuse de ces mots *impenses* et *améliorations*. Je crois utile de la reproduire dans un commentaire destiné à faire sentir la force et l'étendue de chaque expression.

Les impenses sont les sommes qui ont été dépensées à améliorer l'héritage. Les améliorations sont ce qu'il vaut de plus à raison des sommes qui y ont été employées. Il arrive presque toujours que l'impense est plus forte que la plus-value ou l'amélioration qui en résulte. Cependant il arrive quelquefois aussi que l'amélioration, ou plus-value, est plus forte que la somme employée à la produire. Je dépense 50,000 fr. dans ma maison qui en valait 100,000 : voilà l'impense. Mais ce n'est pas à dire pour cela que ma maison vaudra 150,000 fr. Le plus souvent l'amélioration, c'est-à-dire le produit de l'impense, ne s'élèvera qu'à une plus-value moindre que la somme dépensée. Ainsi ma maison, ainsi réparée, pourra ne valoir que 120,000 fr. Il est cependant possible que, si la dépense a été faite à propos, en temps opportun, je la vende 200,000 fr, et qu'une impense de 50,000 fr. me produise une plus-value de 100,000 fr.

838. Ceci posé, on demande si le tiers détenteur devra répéter l'impense ou l'amélioration.

Si l'impense excède l'amélioration, il aura plus d'intérêt à répéter l'impense ; si l'amélioration excède l'impense, il aura plus d'intérêt à réclamer l'amélioration, c'est-à-dire la plus-value.

Faisons bien attention d'abord qu'il ne s'agit pas du recours à exercer par le tiers détenteur contre son vendeur. Ce recours est réglé par des principes spéciaux que j'ai exposés dans mon commentaire sur le titre de la

(1) Liv. 6, ch. 8, n° 15. *Suprà*, n° 551.

Vente (1). Il repose sur une responsabilité sévère, sur l'obligation contractée par le vendeur d'indemniser l'acheteur de tout dommage (art. 1630 et 1634 du Code Napoléon).

Mais le recours dont je m'occupe ici a lieu contre des *créanciers hypothécaires*, et les règles sont différentes.

Je pense avec Loyseau qu'il faut suivre la décision des lois romaines (2). Or, voici ce qu'elles portent : Si l'impense est plus forte que l'amélioration qui en résulte, le tiers détenteur ne pourra prétendre que l'amélioration ou plus-value. La loi 29, § 2, D. *De pignor. et hypothec.*, dit : *Recepturum sumptus quatenus res pretiosior facta est.* Au contraire, si l'amélioration est plus forte que l'impense, il doit suffire au tiers détenteur de recevoir son déboursé. « *Reddet dominus impensam, ut fundum* » *recipiat, usque eo duntaxat quo pretiosior factus est;* » *et si plus pretii accessit, solum quod impensum est.* » L. *In fundo*, D. *De rei vindicat* (3).

Le texte de notre article n'est pas contraire à ces règles d'équité. Il dit à la vérité que le tiers détenteur ne pourra répéter ses impenses et améliorations que *jusqu'à concurrence de la plus-value résultant de l'amélioration*, d'où l'on pourrait conclure que la plus-value est dans tous les cas le taux invariable de l'indemnité à laquelle il peut prétendre; mais ce serait une erreur à mon avis. La loi fixe ici un *maximum*. Elle décide qu'en aucun cas le tiers détenteur ne pourra prétendre à plus qu'à la plus-value. Ainsi, s'il a fait 50,000 fr. d'impenses, et que la plus-value produite ne soit que de 25,000 fr., il ne pourra répéter que 25,000 fr. Mais remarquons bien qu'il ne dit pas qu'il ne recevra pas moins que la plus-value, et il ne s'oppose pas à ce qu'on fixe un minimum plus d'accord avec l'équité et la jus-

(1) Nos 508, 509, 510.

(2) Loyseau, *loc. cit.*, et Huberus, *De rei vind.*, n° 10, p. 771.

(3) V. aussi les lois 2, § *Pater*, Dig. *De lege Rhodiâ*, et *Si fundum*, Dig. *De rei vindicat*.

tice, lorsque la plus-value est exorbitante comparative-ment à la somme dépensée. De quoi pourrait se plaindre le tiers détenteur, puisqu'on lui paye ses déboursés (1)?

838 *bis*. Ici se présentent plusieurs difficultés. La première consiste à savoir si la règle posée par notre article s'applique aux impenses nécessaires, et si elle ne doit pas être restreinte aux seules impenses utiles. La seconde, qui est une conséquence de la première, consiste à savoir si, lorsque l'impense est nécessaire, et qu'elle n'a pas produit de plus-value, on peut néanmoins la répéter.

Par arrêt du 11 novembre 1824 (2), la Cour de cassation a décidé que l'art. 2173 ne s'applique qu'aux impenses d'amélioration, mais qu'il ne concerne pas les impenses nécessaires, de telle sorte que, lorsque le tiers détenteur a fait des dépenses pour empêcher la ruine de la chose, il doit être remboursé de la totalité de ses déboursés, sans égard à la plus-value. Dans l'espèce, l'impense excédait la plus-value; comme il s'agissait d'impenses nécessaires, la Cour de cassation pensa que le tiers détenteur pouvait les répéter en entier, par préférence aux créanciers hypothécaires.

Cette décision peut s'autoriser d'un passage de Pothier, qui est ainsi conçu :

« Suivant la loi 29, § 2, Dig. *De pign. et hypoth.*, le » détenteur d'un héritage assigné en action hypothécaire » qui a fait des impenses *nécessaires ou utiles*, a droit de » les retenir jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, savoir, à » l'égard des *nécessaires*, de ce qu'elles ont coûté ou dû » coûter; et à l'égard des *utiles*, de la somme dont l'héri- » tage s'en trouve actuellement plus précieux, ce qui est » fondé sur ce que le créancier ne doit pas profiter aux

(1) Ces principes ont été consacrés par la cour de Grenoble dans un arrêt du 31 décembre 1841 (Sirey, 42, 2, 856; *J. Pal.*, 1842, t. 2, p. 543). — Mais le vendeur devra payer l'amélioration entière. (V. mon Comm. sur la *Vente*, n° 510.)

(2) Dalloz, Hyp., p. 60. *Suprà*, n° 243.

» dépens de ce détenteur des dépenses qu'il a faites pour
 » lui conserver ou améliorer son gage; suivant cette règle : *Neminem æquum est cum alterius detrimento locupletari* (1). »

Il faut convenir néanmoins que cette décision de Pothier, tout en ayant l'apparence de s'appuyer sur les lois romaines, confond des choses qu'elles distinguent soigneusement, et que d'un autre côté la Cour de cassation a adopté le parti qui s'éloigne le plus de notre article.

Pour approfondir cette difficulté, rappelons d'abord la distinction des impenses en *nécessaires*, *utiles* et *voluptuaires* (2).

Les impenses *nécessaires* sont celles qui ont pour objet la conservation de la chose et qui l'empêchent de périr.

« *Impensæ necessariae sunt quæ, si factæ non sunt, res peritura aut deterior futura sit* (3)..... *Veluti aggeres facere, flumina avertere, ædificia vetera fulcire, idemque reficere, arbores in locum mortuorum reponere* (4). »

Les impenses *utiles* sont celles qui n'ont pas seulement pour résultat de conserver la chose, mais encore de l'améliorer. « *Utiles impensas Fulcinius ait quæ meliorem dotem faciunt, non deteriore esse sinunt.* » L. 79, § 1, Dig. *De verb. signif.*

Enfin les impenses *voluptuaires* sont celles qui ont pour but l'embellissement de la chose. « *Quas ad voluptatem facit, et quæ facies exornant.* » L. 7, Dig. *De impensis in res dot.*; et 77, § 2, *De verb. signif.*

Outre ces impenses, il y a des impenses d'entretien ordinaire, telles que labour, curage de fossés, travaux de jardins, et autres *petites accommodations* (5), qui sont réputées avoir été faites *fructuum causâ* (6).

(1) Orléans, t. 20, n° 38.

(2) Sur les impenses en général, voyez Tiraqueau, *De rei gent.*, § 32, glose 1, n° 52. Cujas, obs., lib. 10, cap. 10. Louet, lettre E. cap. x. Leprêtre, centurie 2, ch. 93.

(3) Paul, l. 79, Dig. *De verb. signif.*

(4) Ulp., l. 14, *De impensis in res dot.*

(5) Loyseau, liv. 6, ch. 6, n° 2.

(6) *De impensis in res dot.*, l. 15 et 12.

Ceci posé, tâchons de ne pas perdre de vue le point de notre question. Elle ne consiste pas à savoir si, pour ses dépenses nécessaires, le tiers détenteur a une action contre son vendeur en cas d'éviction, car l'affirmative ne fait pas de doute (1). Mais ce que nous recherchons, c'est de savoir si les impenses nécessaires, faites par le tiers détenteur, doivent être répétées contre les créanciers hypothécaires en entier, ou seulement *in quantum res pretiosior facta est*, de telle sorte que, s'il n'y a pas eu d'amélioration, il n'y a rien à répéter par privilège contre les créanciers hypothécaires.

Une chose bien digne de remarque, c'est que, dans les deux seules dispositions du Code qui aient trait à cette question, la loi n'accorde de préférence et de privilège entre créanciers que jusqu'à concurrence de la plus-value (2) (art. 2103 et 2175). Or, de quoi s'agit-il ici? Ne le perdons pas de vue! Il s'agit d'une répétition *privilegiée* contre des créanciers nantis d'une garantie hypothécaire. Il faut donc un texte de loi bien clair et bien précis pour constituer ce privilège. C'est ce texte de loi que je cherche en vain et que la Cour de cassation n'a pas trouvé.

Notre article parle des *impenses* faites sur la chose possédée par le tiers détenteur, et ce mot comprend à coup sûr les trois sortes d'impenses dont j'ai parlé ci-dessus. Eh bien! que dit-il de ces impenses? Qu'on ne peut les répéter que jusqu'à concurrence de *la plus-value résultant de l'amélioration*. Il n'y a donc de privilège que pour la plus-value. Le reste tombe dans la classe des créances ordinaires qui ne peuvent être opposées aux créanciers hypothécaires.

Je parlais tout à l'heure des lois romaines, et je disais que Pothier ne me paraissait pas en avoir reproduit exactement l'esprit.

(1) L. 44, § 1, Dig. *De damno infect.* Mon Comment. sur la Vente, n° 508 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 243.

Les lois romaines décidaient que le tiers détenteur n'avait pas droit de répéter contre le créancier hypothécaire les impenses nécessaires de grosses réparations, *impensas in refectione*. La loi 44, § 1, Dig. *De damno infecto*, est positive, et voici comment Cujas s'en explique, dans son commentaire sur ce qui nous reste des ouvrages d'*Africanus* (1) : « Inde quæritur an idem dicendum sit, si quis » ædes suas, quas creditori obligaverat, alii vendiderit, et » *emptor eas refecerit* (2), an etiam repellatur creditor » agens hypothecariâ, nisi paratus sit emptori præstare » *impensas refectionis* ? Et *Africanus* negat idem esse dicendum ; *negat onerandum esse creditorem hypothecarium » præstatione impensarum... de sumptibus refectionis hic » agitur, Hos non agnoscit creditor, qui ab emptore pignus » suum persequitur, cui sufficit habere regressum adversus » venditorem, evictionis nomine, in quo judicio veniunt » impensæ refectionis.* »

Quelques interprètes avaient été embarrassés pour concilier la décision de cette loi avec la loi *Paulus*, § *Domus* (3), Dig. *De pignorib.*, que j'ai cité tout à l'heure. Accurse surtout s'en était fort tourmenté. Mais Cujas trouve qu'il n'y a rien de plus simple que de montrer leur rapport. « Nihil est facilius. Quid tot commenta Accursii » in hanc rem ? »

En effet, dit-il dans la loi 44, § 1, Dig. *De damno infecto*, il est question de travaux de réparations (*refectiones*) (4). Au contraire, dans la loi *Paulus*, § *Domus*, le jurisconsulte parle de travaux de reconstruction qui

(1) Tract. 9, p. 2099.

(2) Ce mot signifie *réparer*, et même faire de grosses réparations. L. 14, Dig. *De impens. in res dot. factis*.

(3) C'est la loi 29, § 2, Dig., que Pothier cite dans le passage rapporté ci-dessus.

(4) Et faisons bien attention que ce ne sont pas des réparations de simple entretien ordinaire, puisqu'elles donnent lieu à répétition contre le vendeur, ainsi que le dit la loi 44, § 1, *De damno infecto*.

sont travaux d'amélioration. « In D. § *Domus*, dit-il, » agitur de sumptibus *ædificationis* siue *extructionis*, de » sumptibus factis in *novum ædificium*: hos agnoscit creditor: quoniam sine his nullius *ædificii* pignus creditor haberet, sed *aræ tantum*, et æquum est ut quibus res- titutum est sibi *integrum* pignus, hoc præstare non recuset. *Distinguenda sunt genera sumptuum*; non de eodem genere sumptuum hoc loco agitur et illo. »

Voilà donc la distinction bien marquée.

Les réparations et tous les travaux d'*entretien* qui n'ajoutent pas à la valeur de l'immeuble, ne peuvent être l'objet de répétition contre le créancier qui poursuit le délaissement. Mais les travaux qui augmentent, qui améliorent, qui rétablissent ce qui est détruit, donnent lieu à répétition, non pas toutefois jusqu'à concurrence de la totalité de l'impense, *sed in quantum res pretiosior facta est*. C'est la limitation portée par la loi 29, § 2, *De pignori. et hyp.*

C'est en reproduisant l'esprit de ces lois que Loyseau disait: « Il faut donc tenir que les grosses améliorations » et rebâtimens sont répétés par l'acquéreur, mais non » pas les simples *réparations* et *entretenements*; car il suffit que le tiers acquéreur ait recours pour raison d'iceux » contre son vendeur (1). »

Et ailleurs: « c'est qu'il faut distinguer les réparations » ou entretenements des maisons d'avec les bâtimens ou » réédifications: « *Aliud est reficere ædes læsas, aliud lapsas restituere*, » et, comme dit la loi: « *Aliud est tueri quod acceperis, aliud novum facere*. » L. 44, Dig. *De usuf.* Telles personnes en droit sont sujettes aux » réparations et entretenements, comme le mari, pour » raison des héritages dotaux, comme l'usufruitier, qui » ne sont pas tenus des réédifications.

» Surtout cette différence paraît clairement en joignant » la loi *Domus* avec la loi *Sumptus*, Dig. *De leg.* 1^{re}... en

(1) Liv. 6, ch. 8, n^{os} 9 et 10.

» lisant la loi *Sumptus*, suivant la vraie lecture que lui a
 » donnée le docte Cujas, on voit que l'héritier qui était
 » chargé de rendre après sa mort une maison, l'ayant fait
 » rebâtir à neuf après l'avoir brûlée, retire et déduit les
 » impenses de la réédification ; mais s'il n'avait fait que
 » la réparer, il ne conserverait rien (1). »

Ces autorités sont très-ponctuelles. On peut les généraliser, en faisant attention que les réédifications y figurent comme le cas le plus notable et le plus certain d'améliorations ; que les *réparations* et *entretene-ments* y sont rappelés comme exemple de ce qui entretient l'immeuble dans l'état où il est, de ce qui, par conséquent, n'améliore pas l'immeuble, mais l'empêche de dépérir. Eh bien ! dans le cas d'amélioration, on ne peut répéter que la plus-value contre les créanciers. Dans le cas de réparation, il n'y a rien à réclamer contre eux.

C'est évidemment dans cet esprit qu'a été rédigé l'article 2175. On ne peut contester qu'il n'ait été fait sous l'influence des idées de Loyseau, qui a creusé si profondément la matière du délaissement par hypothèque. Il limite les répétitions à la *plus-value*. Donc, s'il n'y a pas de plus-value, il n'y a rien à répéter. M. Dalloz, qui soutient le contraire, en se fondant sur l'autorité de Loyseau, me paraît avoir cité pour lui la loi qui le condamne (1).

Ce que décidaient les lois romaines, ce que Loyseau enseignait avec toute la puissance de sa vaste érudition, le Châtelet de Paris le jugeait constamment au rapport

(1) Liv. 5, ch. 6, n° 13 et 14.

(1) Hyp., p. 353, n° 5. M. Dalloz dit que si les dépenses étaient *nécessaires*, le tiers détenteur pourrait les répéter, bien que l'immeuble n'eût pas été *amélioré*. Nous verrons tout à l'heure que Loyseau condamne, en matière de délaissement, la distinction des impenses en *nécessaires*, *utiles*, *voluptuaires*. Ainsi, Loyseau n'a rien à faire dans cette opinion que M. Dalloz lui attribue. M. Delvincourt, qui enseigne l'opinion à laquelle M. Dalloz s'est rattaché, se garde bien de citer Loyseau, t. 3, p. 180, n° 11.

de Bourjon (1). Voici comment cet auteur termine l'exposé de la jurisprudence qui faisait alors le droit commun : « Il y aurait trop d'embarras à lui accorder le » remboursement de ses dépenses *hors le cas que ses* » *dépenses ont visiblement amélioré le fonds*. Cessant cette » certitude, c'est le cas de se tenir à la rigueur ; mais, » l'amélioration étant certaine, c'est le cas dans lequel » la rigueur devrait cesser. »

Mais faisons ici une observation. Quand on fait une réparation, il arrive quelquefois, il arrive même souvent qu'elle n'est pas mathématiquement bornée à la conservation de la chose, mais qu'elle l'améliore, qu'elle lui donne une plus-value. Il y a alors plus que réparation, il y a aussi *opus novum*, addition d'une valeur qui n'existait pas auparavant. La réparation doit alors être répétée jusqu'à concurrence de la plus-value ; on se trouve placé dans le cas d'amélioration prévu par notre article.

C'est ce qui avait lieu dans l'espèce jugée par la Cour de cassation. Les travaux de réparation entrepris pour faire cesser des traces de délabrement *antérieurs à l'acquisition*, n'avaient pas seulement remis l'immeuble dans son ancien état de conservation, mais ils lui avaient encore apporté une plus-value de 2245 francs. Il fallait donc accorder cette plus-value. Ce n'était nullement se mettre en contradiction avec les lois romaines et avec Loyseau, parce que, si ces autorités refusent la répétition pour les réparations, elles ne la refusent qu'autant qu'elles n'améliorent pas ; mais il ne fallait pas accorder plus que la plus-value.

En effet, notre article, de même que l'art. 2103, n'accorde de privilège que pour cette plus-value. C'est seulement pour cette plus-value que le tiers détenteur peut réclamer préférence sur les créanciers hypothécaires. Pour le surplus, il a sans doute une action en garantie contre son vendeur, mais il n'est qu'un simple créan-

(1) T. 2, p. 646, 647, n° 4 et 5.

cier chirographaire; s'il se présente à l'ordre sur le prix de la chose, il ne pourra prendre rang qu'après les hypothécaires. Car, hors des art. 2103 et 2175 du Code Napoléon; qui limitent la répétition privilégiée à la plus-value, le tiers détenteur ne peut réclamer aucune préférence.

Mais, objecte la Cour de cassation, il s'agit ici des dépenses *nécessaires* qui ont conservé l'immeuble.

Eh bien! supposons d'abord qu'empruntant les paroles de Cujas rapportées ci-dessus, la Cour de cassation veuille les appliquer au tiers détenteur, et dire: « Qu'il » a préservé le gage d'une perte certaine, qu'il l'a rendu » sain et sauf aux créanciers. » Assurément il n'aura pas fait plus que celui qui rétablit à neuf l'immeuble qui a péri; et cependant les lois romaines et Cujas entendaient qu'il ne fût indemnisé de ce service que *in quantum res pretiosior facta est*. Que fait cependant la Cour de cassation? elle trouve que l'indemnité de la plus-value n'est pas suffisante, et qu'il faut accorder répétition pour la totalité des déboursés!! C'est évidemment violer l'article 2175, ou méconnaître sa portée et son origine.

Le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambéry, du 14 mars 1594, qui décide que le tiers détenteur a droit à être indemnisé des impenses qu'il a faites pour la *conservation* comme pour l'*amélioration* de la chose (1). Mais il met ces impenses sur la même ligne, et comme il donne pour base à cette décision la loi 29, § 2, Dig. *De pignorib.*, il est clair qu'il sous-entend que le droit du tiers détenteur est limité à la plus-value, car c'est la décision formelle de cette loi.

Et, en effet, qu'importe que la dépense ait été occasionnée pour dépenses nécessaires ou utiles, et qu'elle ait *conservé* ou *amélioré*!

Loyseau nous enseigne formellement qu'en matière de délaissement par hypothèque, il n'y a pas lieu à faire

(1) C., lib. 8, t. 6, déf. 19.

la distinction des impenses en *utiles*, *nécessaires* ou *voluptuaires*. Écoutons-le parler (1) : « Il ne faut donc point
 » recourir en cette matière à la distinction vulgaire des
 » impenses *nécessaires*, *utiles* ou *voluptuaires*, parce que
 » cette distinction ne convient pas proprement aux amé-
 » liorations ; car le mot emporte qu'elles soient utiles ;
 » autrement elles ne seraient pas améliorations, et ne
 » peuvent être *nécessaires*, parce que nul n'est contraint
 » d'améliorer, mais de *réparer*. Aussi elles ne peuvent
 » être simplement *voluptuaires*, puisqu'elles sont amélio-
 » rations. Et d'ailleurs quand la chose se vend, comme
 » ici, même les réparations voluptuaires se retirent tou-
 » jours en tant que la chose en est vendue davantage (2). »

Loyseau me paraît avoir parfaitement raison, et est surtout très-conséquent avec les lois romaines, qui font la base de son argumentation. Que dit en effet la loi 44, § 1, Dig. *De Damno infecto*? Que l'acheteur ne peut exiger que les créanciers lui tiennent compte des dépenses qu'il a faites *in refectione*. Or, qu'est-ce que de pareilles dépenses? Ce sont des dépenses *nécessaires*. « Itemque
 » (dit la loi 14, Dig. *De imp. in res dot.*) *impensæ neces-*
 » *sariæ sunt*, quibus non factis, dos imminuitur, veluti...
 » *ædificia vetera fulcire*, itemque *reficere*. » Donc les impenses *nécessaires* ne peuvent être répétées contre les créanciers ; donc on ne peut répéter que celles *quæ rem meliorem faciunt*, et non pas celles *quæ rem deteriore[m] esse non sinunt* (3), qui sont les nécessaires. La seule question est donc de savoir s'il y a eu amélioration. Que cette amélioration soit causée par des impenses nécessaires dans l'origine, mais poussées ensuite jusqu'à l'amélioration, qu'elle découle d'impenses moins urgentes, peu importe ! S'il y a eu amélioration, il y a lieu

(1) Liv. 6, ch. 8, n° 11.

(2) En effet, la loi 10, Dig. *De impensis in res dot.*, dit : « Quòd
 » si hæ res, in quibus impensæ factæ sunt promercales (venales)
 » fuerint, tales impensæ non voluptuariæ, sed utiles sunt. »

(3) L. 79, § 1, Dig. *De verbor. signif.*

à répétition jusqu'à concurrence de la plus-value. S'il n'y a pas eu amélioration, le tiers détenteur n'aura que son recours en éviction contre son vendeur.

On voit que la Cour de cassation a pris absolument le contrepied des lois romaines, et qu'elle s'est fondée pour dépasser la plus-value sur un cas qui paraissait aux jurisconsultes romains, et à Cujas et à Loyseau, ne devoir pas même servir de base à une répétition.

Au surplus, quelle est la raison de ce système des lois romaines auquel il est évident que l'art. 2175 est conforme?

C'est d'abord que le tiers détenteur a su qu'une cause d'éviction pesait sur l'immeuble par lui acquis, qu'ayant à s'imputer de n'avoir pas pris ses précautions à l'égard de son vendeur pour se faire indemniser de ses frais de réparations, il est moins favorable que les créanciers hypothécaires qui ne font que poursuivre leur gage, et dont l'action ne doit pas être entravée par des exceptions trop rigoureuses, afin que la confiance de celui qui a prêté ses fonds, et qui ne fait que réclamer son dû, ne soit pas trompée, d'autant que son hypothèque s'étend sur toutes les modifications que la chose a subies, et qu'elle a saisi les ouvrages de réparation au moment où ils se sont unis à la chose, de telle sorte que le tiers détenteur n'a pu faire ces ouvrages qu'à la charge de l'hypothèque préexistante.

En second lieu, le tiers détenteur est tenu des réparations qui ont pour but d'empêcher la détérioration de la chose. Notre article s'en explique formellement, puisqu'il soumet ce tiers détenteur à une indemnité au profit des créanciers si, par sa négligence, la chose vient à dépérir. Il n'a donc pas de recours contre eux pour ces sortes d'impenses. En les faisant, il remplit un devoir dont l'omission ferait peser sur lui une responsabilité infaillible. Obligé à réparer, il doit le faire sans espoir de répétition, sauf tous ses droits contre son vendeur. Ce n'est que lorsqu'il améliore qu'il a droit à indemnité;

car, nul n'étant tenu d'améliorer, c'est alors un service qu'il rend et non un devoir qu'il accomplit. Voilà pourquoi l'amélioration lui est payée jusqu'à concurrence de la plus-value.

Or, il me semble que cette différence entre les impenses *nécessaires* et *d'amélioration* est clairement inscrite dans l'art. 2175; car il met en regard et spécifie sans ambiguïté les *devoirs* et les *droits* des tiers détenteurs. Ses *devoirs* sont de faire les dépenses nécessaires pour que la chose ne péricule pas; son *droit*, c'est une indemnité, non pour ses impenses, mais pour l'amélioration. Je demande si cette espèce d'antithèse qu'offre l'art. 2175 n'est pas extrêmement significative? Assurément si la loi avait voulu que les frais de réparations nécessaires fussent répétés, elle l'aurait dit, comme elle l'a dit dans les art. 861, 862, 863 et 1673 du Code Napoléon.

En troisième lieu, le créancier hypothécaire n'est pas censé s'enrichir des réparations qui maintiennent la chose dans son état de conservation; car, faute de ces réparations, la loi lui donne droit à un supplément d'hypothèque, quand les détériorations éprouvées par la chose compromettent son droit (art. 2131).

En quatrième lieu, le tiers détenteur qui délaisse ne doit pas être reçu à se montrer sévère, dans ses répétitions, à l'égard du créancier hypothécaire; car il ne tient qu'à lui de ne pas délaisser, en payant les charges hypothécaires. Il pouvait même purger, en offrant de payer son prix, et conserver par là la propriété de la chose. C'est donc le cas de dire que la maxime *Nemo ex alterius damno locupletari debet* ne reçoit pas son application. Car, suivant les docteurs, elle cesse quand il y a faute de celui qui éprouve le dommage : « Hoc iniquum non est, cum ex » suo vitio hoc incommodo afficitur (1). » On a toujours dit *volenti non fit injuria*; or, que le tiers détenteur soit

(1) Loyseau, liv. 6, n° 14.

indemnisé de ce qui a augmenté la valeur du gage entre ses mains, c'est ce qui paraît équitable sans doute. Mais tant que le créancier reste dans la position où il était, tant qu'on ne lui livre qu'un gage de même importance et valeur que celui qu'il avait dès le commencement, il ne serait pas juste d'arrêter la poursuite hypothécaire par des demandes en indemnité.

Après tout, l'art. 2175 a prononcé. Faire revivre en sa présence l'opinion de Pothier, c'est se mettre en contradiction ouverte avec lui.

838 *ter.* Dans tout ce que j'ai dit ci-dessus, je n'ai pas parlé de la distinction ordinaire entre les possesseurs de bonne foi et les possesseurs de mauvaise foi; car cette distinction n'a lieu que quand il s'agit d'apprécier les droits d'un *simple possesseur*, tandis qu'ici il s'agit d'un *propriétaire* (1). Il y a d'ailleurs bonne foi chez le tiers détenteur; car, bien qu'il ait su par les inscriptions que l'immeuble qu'il achetait était hypothéqué, il a toujours eu juste sujet d'espérer que le débiteur payerait la dette et amortirait l'hypothèque.

839. Un autre principe qu'il importe de remarquer, c'est que le tiers détenteur ne compense pas les améliorations avec les fruits.

Quand il s'agit d'un simple possesseur de bonne foi, on déduit des indemnités qu'il doit retirer pour améliorations, la valeur des fruits qu'il a perçus (2). Mais comme le tiers détenteur dont je m'occupe ici est maître et seigneur de l'héritage, et qu'il gagne les fruits *jure domini*, il n'y a pas lieu à faire déduction (3).

839 *bis.* L'estimation des améliorations doit en général se faire par experts (4). Néanmoins, les juges ne sont pas précisément obligés de suivre ce mode, quoiqu'il

(1) Loyseau, liv. 6, ch. 8, n° 12.

(2) L. *Sumptus et emptor*, Dig., *De rei vindicat.*

(3) Loyseau, *loc. cit.*, n° 14.

(4) Idem, n° 19.

soit le moins défectueux. On a vu un tribunal décider que la plus-value serait estimée par la différence entre le prix de l'acquisition et celui de la revente de l'immeuble. Sur le pourvoi formé en cassation, il fut décidé que, la loi ne fixant pas un mode d'évaluation plutôt qu'un autre, les juges avaient pu choisir celui qui leur avait paru préférable (1).

Cependant ce mode d'évaluation n'est pas sans difficulté (2). Vainement on voudrait l'étayer de ce qui est prescrit par l'art. 2103 du Code Napoléon; mais il n'y a pas parité entre les deux cas. L'art. 2103 ordonne des mesures de précaution pour constater l'état de l'immeuble avant les travaux. Ici l'état de choses n'est nullement constaté, et ne peut pas l'être, le propriétaire n'étant pas dans la même situation que l'architecte. Le prix fixé dans le contrat d'acquisition ne peut être une boussole bien exacte, et n'équivaut pas au procès-verbal d'état des lieux requis par le même art. 2103; car l'affection de l'acquéreur pour la chose, et beaucoup d'autres circonstances, ont pu faire donner à l'immeuble, lors de l'acquisition, une valeur de circonstance plutôt qu'une véritable valeur vénale (3).

839 *ter*. Loyseau examine la question de savoir si, dans l'estimation, les impenses doivent être prises en bloc, ou bien pièce à pièce et en détail. Les opinions étaient fort divisées à cet égard parmi les interprètes. Mais Loyseau les concilie très-bien en disant que, s'il est question des améliorations, il faut nécessairement les estimer en gros; car elles ne peuvent être dites améliorations *nisi respectu totius operis*; mais que, s'il faut priser les impenses, il faut nécessairement que ce soit *par le menu* et par chaque article de dépense (4).

(1) 29 juillet 1819. Dal., Hyp., 355.

(2) M. Grenier, t. 2, p. 88, 89.

(3) V. Conf., un arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1838 (Sirey, 38, 1, 951).

(4) M. Grenier, *loc. cit.*, n° 18.

ARTICLE 2176.

Les fruits de l'immeuble hypothéqué ne sont dus par le tiers détenteur qu'à compter du jour de la sommation de payer ou de délaisser, et, si les poursuites commencées ont été abandonnées pendant trois ans, à compter de la nouvelle sommation qui sera faite.

SOMMAIRE.

840. Époque à compter de laquelle les fruits sont dus.

840 *bis*. Les fruits sont immobilisés par la sommation de délaisser. Erreur de M. Tarrible, qui pense qu'ils restent meubles.

840 *ter*. *Quid* s'il y avait bail, antichrèse, cession anticipée de fruits, etc.? Renvoi.

COMMENTAIRE.

840. Notre article fixe l'époque à compter de laquelle les fruits de l'immeuble sont dus aux créanciers hypothécaires par le tiers détenteur sommé de délaisser ou de payer.

C'était dans l'ancienne jurisprudence une chose assez controversée que de savoir l'époque à laquelle les fruits étaient dus.

Loyseau pensait que le tiers détenteur devait seulement les fruits depuis la contestation en cause; mais que, s'il délaisait sans contester, il n'était tenu d'aucun fruit (1). Auzanet (2) tenait aussi que celui qui délaisait sans contestation, après la discussion des héritages par lui indiqués, ne devait pas de fruits. C'était aussi l'opi-

(1) Liv. 5, ch. 15, n° 7.

(2) Sur Paris, art. 102.

nion de Favre (1), de Henrys et de Bretonnier (2). On autorisait ce sentiment des lois 16, § 4, et 1, § 2, D. *De pignor* (3).

D'autres pensaient au contraire que les fruits perçus pendant la discussion, et même depuis l'assignation en déclaration d'hypothèque, étaient dus par le tiers détenteur; il paraît même que, pendant un temps, il fut d'usage au palais de l'ordonner ainsi.

Néanmoins, par la suite, on en revint au système contraire plus favorable au tiers détenteur, et il y a plusieurs arrêts cités par Bretonnier au lieu préallégué.

Notre article fait courir les fruits depuis la sommation (4), en sorte qu'il se rapproche davantage de l'opinion contraire à celle de Loyseau, Auzanet, Henrys et Bretonnier. Ainsi, s'il y a lieu à discussion, les fruits perçus pendant qu'elle s'opérera seront dus aux créanciers hypothécaires, à compter du jour de la sommation de délaisser.

Mais si les poursuites commencées sont abandonnées pendant trois ans, laps ordinaire des péremptions d'instance, alors il faudra une nouvelle sommation pour mettre le tiers détenteur en demeure de devoir les fruits (5).

La raison pour laquelle le tiers détenteur fait les fruits siens avant la sommation de délaisser, c'est que l'hypothèque n'empêche pas qu'il ne soit propriétaire (6).

Que si la sommation arrête les fruits au profit des créanciers hypothécaires, c'est que l'exercice de l'hypothèque les immobilise, et qu'il ne serait pas juste que le tiers détenteur, étant tenu de délaisser, perçût les

(1) C., lib. 8, t. 6, déf. 15.

(2) T. 2, liv. 4, ch. 5, q. 17, p. 229.

(3) Pothier, Pand., t. 1, p. 562, n° 34.

(4) Néanmoins, de ce que les fruits sont dus à partir de cette sommation, il ne s'ensuit pas que la sommation ait pour effet d'interrompre, à l'égard du tiers détenteur, la prescription des intérêts. Cass., 7 novembre 1838 (Sirey, 39, 1, 428).

(5) M. Grenier, t. 2, p. 91.

(6) Mon Commentaire de la *Prescription*, t. 2, n° 580.

fruits d'un immeuble de la propriété duquel il doit être évincé (1).

840 *bis*. On a élevé ici une question qui me paraît véritablement singulière ; elle consiste à savoir si les fruits dus par le tiers détenteur depuis la sommation sont meubles, et s'ils doivent être distribués au marc le franc entre tous les créanciers, tant hypothécaires que chirographaires.

M. Tarrible pense que ces fruits sont meubles, et il soutient qu'il n'y a d'immobilisés que les fruits échus depuis la dénonciation au saisi, faite en vertu de l'art. 689 du Code de procédure civile (aujourd'hui depuis la transcription de la saisie, art. 682). La conclusion qu'il tire de cet état de choses, c'est que les fruits échus depuis la sommation jusqu'à la dénonciation au saisi, doivent être distribués au marc le franc entre tous les créanciers, tant chirographaires qu'hypothécaires, tandis que les fruits échus depuis la dénonciation au saisi sont immeubles, et doivent être distribués entre tous les créanciers hypothécaires (2).

Cette opinion n'est pas soutenable. Il est clair que, par cela seul que les fruits échus depuis la sommation tombent sous le coup du droit de suite, ils sont immeubles ; car on sait qu'il n'y a que les immeubles ou les choses immobilisées qui soient susceptibles du droit de suite. Etant immobilisés par la sommation, les fruits sont donc dévolus exclusivement aux créanciers hypothécaires. Quant à l'argument que M. Tarrible tire de l'art. 689 du Code de procédure civile, il est facile de le réfuter, en disant que cet article ne statue que pour le cas où la chose est poursuivie sur le débiteur, tandis que l'article 2176 est fait pour le cas où il y a un tiers détenteur, et où la procédure en expropriation a été précédée de la procédure en délaissement (3).

(1) *Infra*, n° 882.

(2) Rép., Tiers détenteur, n° 73.

(3) V. là-dessus M. Delvincourt, t. 3, p. 180, note 8. M. Dalloz,

840 *ter*. *Quid* si l'héritage poursuivi était donné à bail? On pourrait appliquer les dispositions de l'art. 691 du Code de procédure civile; et, dans le cas où le bail aurait date certaine avant la sommation, les créanciers poursuivants auraient droit aux fermages suivant leur rang d'hypothèque(1).

En se reportant aux n^{os} 777 *ter* et suivants, on trouvera plusieurs questions qui peuvent se rattacher à notre article, et dont la solution est indiquée.

ARTICLE 2177.

Les servitudes et droits réels que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant sa possession, renaissent après le délaissement ou après l'adjudication faite sur lui.

Ses créanciers personnels, après tous ceux qui sont inscrits sur les précédents propriétaires, exercent leur hypothèque à leur rang sur le bien délaissé ou adjudgé.

SOMMAIRE.

- 841. Le délaissement fait renaître les droits que le tiers détenteur avait avant l'acquisition.
- 842. *Quid* si, étant créancier hypothécaire avant l'acquisition, son inscription avait vieilli pendant qu'il était devenu propriétaire?
- 843. Des hypothèques que le tiers détenteur a constituées pendant sa possession. Rejet d'une opinion de MM. Persil et Dalloz.
- 843 *bis*. Des servitudes établies par le délaissant.

Hyp., p. 354, n^o 10. Que si l'acquéreur a payé les intérêts au vendeur, il ne peut être contraint à les payer une seconde fois aux créanciers hypothécaires. Paris, 24 avril 1845 (Sirey, 45, 2, 385; Dalloz, 45, 2, 113; *J. Pal.*, 1845, t. 1, p. 684). V. aussi Caen, 23 avril 1826 (Sirey, 27, 2, 21).

(1) *Suprà*, n^o 777 *ter*,

COMMENTAIRE.

841. Lorsque le tiers détenteur a abandonné l'héritage par délaissement, et que l'aliénation est consommée, tous les droits réels, tels que servitude, hypothèque, etc., que le tiers détenteur avait sur l'immeuble avant l'aliénation, et que la confusion avait éteints, renaissent à son profit, et les choses sont replacées au point où elles étaient avant que ce même tiers détenteur devînt acquéreur.

Cette règle est développée avec une grande force dans Loyseau (1), qui s'autorise des lois *Dominus, D., De usuf.; si maritus, C., De inoff. Test.*, et *ex Sextante, § ult., D., De re judicatâ*, dont il donne la conciliation avec quelques autres lois romaines, que les interprètes opposaient comme contraires. C'est aussi la doctrine de Renusson (2), de Voët (3). « Quo fit, dit ce dernier auteur, ut, ablato domino, pristina jura redintegrentur. » Cela est conforme aux principes généraux ; ils ont toujours été appliqués en ce sens lorsqu'il y a reprise de la chose sur l'acquéreur, soit par l'effet du retrait conventionnel ou lignager, soit par l'effet du pacte commissaire, etc. (4).

Le tiers détenteur reprend son rang hypothécaire tel qu'il était fixé avant son acquisition. « *Jus suum* (dit encore Voët) (5), *jus suum pignoris cum praelatione ita reviviscit, quasi nulla pignoris emptio intervenisset.* » C'est aussi ce qu'enseigne le président Favre (6).

Cette règle doit avoir lieu, soit que le créancier soit devenu propriétaire de la chose par succession, soit qu'il l'ait reçue à titre de dation en paiement.

(1) L. 6, ch. 4, et ch. 7, n° 6.

(2) Subrog., ch. 5, n° 23.

(3) Lib. 20, t. 5, *De dist. pignor.*

(4) L. 2, § 18 et 19, Dig. *De hæred. vel. act. vend.* L. 3, § dernier, Dig., *De usuf. accres.* Tiraqueau, *De retract. gentil.*, § 1, glose 7, n° 73. Voët, liv. 18, t. 2, n° 28, Pothier, des Retraits, n° 451, et Bail à rente, n° 168.

(5) Liv. 20, t. 5, n° 10.

(6) C., liv. 8, t. 10, déf. 4 ; et Bourjon, t. 2, p. 647.

Ce qui pourrait faire croire à une différence, c'est que dans le premier cas il y a simplement *confusion*, tandis que dans le second cas il y a *confusion et novation*, la dation en paiement étant un véritable paiement (1). Or, on pourrait dire qu'à l'égard du simple cas de confusion on conçoit la renaissance des hypothèques, puisque la confusion n'a lieu qu'autant que dure l'acquisition ; mais que l'obligation ne laisse pas de subsister, tandis que lorsqu'il y a dation en paiement, et par conséquent novation, le paiement efface l'obligation, et que c'est le cas de dire : *Obligatio semel extincta non reviviscit*.

Mais il faut dire que les hypothèques renaissent dans un cas comme dans l'autre, ou, pour mieux dire, qu'elles n'ont été que momentanément assoupies. C'est ce que Loyseau a très-clairement prouvé (2). En effet, la dation en paiement ne produit libération qu'autant qu'elle est *irrévocable*, le créancier n'étant censé avoir voulu donner quittance à son débiteur qu'autant qu'il ne serait pas évincé (3). De là l'adage : *Acquisitio dominii revocabilis non extinguat hypothecam vel servitutem* (4).

842. Mais que devrait-on décider si, pendant la détention de l'acquéreur, son inscription se fût périmée ?

On peut voir la solution que j'ai donnée sur cette question *suprà*, n° 726 *bis*.

843. Venons maintenant à l'examen des effets du délaissement par rapport aux hypothèques concédées par le délaissant : c'est un point prévu par la deuxième partie de notre article. Il décide que les créanciers personnels du délaissant viennent après tous les créanciers inscrits sur le précédent propriétaire.

Cette disposition est fort simple et fort rationnelle quand on se réfère au système consacré par le Code

(1) *Infrà*, t. 4, n° 847 *bis*, où je reviens là-dessus.

(2) Liv. 6, ch. 4, n° 14 et 15.

(3) L. 46, Dig., *De solut.* Voët, *De solut.*, n° 13.

(4) Je reviens sur ce point dans mon Commentaire de la *Vente*, t. 2, n° 658, où je rapporte une espèce remarquable par les combinaisons qu'elle renferme.

Napoléon ; savoir, que la vente purgeait toutes les hypothèques *non inscrites*. Dès lors, les créanciers personnels du tiers détenteur ne pouvaient entrer en lutte qu'avec des créanciers du précédent propriétaire inscrits avant eux, et toute difficulté s'évanouissait.

Mais l'art. 834 du Code de procédure civile a permis de s'inscrire pendant la quinzaine qui suit la transcription faite par le tiers détenteur. Une grande innovation est par conséquent intervenue, et l'on demande ce qui arriverait si le tiers détenteur concédait des hypothèques après la vente, et que ses créanciers personnels s'inscrivissent avant que des créanciers du précédent propriétaire eussent pris inscription pendant la quinzaine de la transcription.

Les opinions sont partagées sur cette difficulté. M. Tarrible est d'avis que les créanciers personnels du délaisant l'emportent sur les créanciers du précédent propriétaire inscrits après eux (1). MM. Persil et Dalloz (2) pensent au contraire que les créanciers du précédent propriétaire doivent toujours l'emporter, par la raison que l'art. 2177 fait clairement entendre qu'il suffit *d'être inscrit sur le précédent propriétaire*, pour être préféré aux créanciers hypothécaires du tiers détenteur. Mais il faut reconnaître que le texte de notre article n'est pas suffisant pour lever tous les doutes, puisqu'il a raisonné dans un système qui n'est pas celui de notre régime hypothécaire actuel : il faut le combiner avec l'art. 834 du Code de procédure civile, et remonter aux principes de la matière, qui, à ce que je crois, repoussent complètement l'opinion de MM. Persil et Dalloz.

Le délaissement par hypothèque ne détruit pas les hypothèques concédées par le tiers détenteur. On ne peut appliquer au délaissement la maxime : *resoluto jure dantis*, etc. Car il ne constitue pas une aliénation, attendu que, jusqu'à l'adjudication, le délaisant reste

(1) Rép., Ordre, § 2, n° 3.

(2) Art. 2177, n° 2. Hyp., p. 343, n° 12.

maître de l'héritage. « Puis donc, dit Loyseau (1), que » celui qui a fait le délaissement demeure seigneur de » l'héritage, il s'ensuit, *encore plutôt qu'en déguerpissement* (2), *que les hypothèques, servitudes et charges* » foncières qu'il a imposées sur l'héritage *demeurent* » *jusqu'alors*, et que partant ses créanciers doivent être » mis et colloqués en leur ordre au décret. »

C'est au surplus ce que notre article décide positivement, puisque, loin de déclarer résolues les hypothèques concédées par le délaissant, il leur conserve rang sur le prix si elles viennent en ordre utile.

Les créanciers du délaissant n'en restent donc pas moins créanciers hypothécaires.

Or c'est une règle invariable posée par l'article 2134, qu'*entre créanciers* l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Donc, il sera impossible de s'écarter de l'ordre des inscriptions et de donner préférence aux créanciers du précédent propriétaire postérieur en inscription.

On oppose que, dans ce système, il arrivera qu'un tiers détenteur de mauvaise foi pourra créer à profusion des hypothèques, pour paralyser le droit de suite des créanciers du précédent propriétaire non inscrits au moment de la vente.

Cette objection n'est pas même proposable.

Dans le système qui a présidé à la rédaction de l'article 2177, le créancier du précédent propriétaire, non inscrit lors de l'aliénation, ne pouvait plus prendre inscription; son hypothèque était éteinte, et il rentrait dans la masse chirographaire. Il n'avait donc rien à disputer aux créanciers inscrits du tiers détenteur.

L'art 834 a permis de s'inscrire dans la quinzaine de la transcription; mais il va sans dire que c'est à la charge

(1) Lib. 6, ch. 7, n° 6.

(2) Il a prouvé; en effet, au liv. 6, ch. 3, que le déguerpissement ne résolvait pas les hypothèques; car, se faisant *ex causâ voluntariâ*, on ne pourrait lui appliquer la maxime; « *Resoluta* » *jure dantis*, etc. »

que ces nouvelles inscriptions ne prendront rang qu'après celles qu'elles trouveront dans un rang plus ancien. Soutenir le contraire, serait une erreur radicale. Il suit de là que l'art. 834 n'a pas amélioré la position des créanciers non inscrits lors de la vente, dans leur rapport avec les autres créanciers déjà inscrits à cette époque.

En quoi donc l'art. 834 leur a-t-il porté secours?

D'abord, en ce qu'ils auront préférence sur les simples chirographaires; ensuite en ce qu'ils auront droit de suite, c'est-à-dire qu'ils pourront suivre l'immeuble es-mains du tiers détenteur (ce qu'ils n'auraient pu faire sous le Code Napoléon), l'en déposséder et le faire vendre publiquement.

Que veut-on dire par conséquent quand on vient soutenir que le *droit de suite* sera paralysé? Y a-t-on bien réfléchi? Ne confondrait-on pas le droit de suite avec le droit de préférence? Ignore-t-on que le droit de suite appartient au dernier créancier inscrit comme au premier.

Si l'on trouve extraordinaire que le créancier du tiers détenteur plus ancien en inscription ait préférence sur le créancier du précédent propriétaire, dont l'inscription est postérieure, je réponds que je m'étonnerais fort qu'il en fût autrement. Oublie-t-on que ce sont les inscriptions qui font la base de la confiance publique? Quoi donc! un créancier-de Pierre, tiers détenteur, aura prêté ses fonds par la seule considération qu'il n'aura pas trouvé d'inscription prise par les créanciers du précédent propriétaire; il aura accepté avec assurance l'hypothèque que Pierre lui aura donnée; il l'aura fait inscrire première en date, et l'on voudrait que, lors du délaissement, des créanciers porteurs d'inscriptions postérieures vinssent lui ravir ses droits? Je pense qu'on n'a pas prévu tous ces inconvénients; sans cela, on n'aurait pas proposé une opinion si contraire aux vrais principes.

On ne pourra pas objecter, au surplus, que le tiers détenteur ne pouvant (d'après l'art. 2175) rien faire qui

affaiblisse les droits des créanciers hypothécaires du précédent propriétaire, il n'a pas pu concéder des hypothèques à leur préjudice. Car, comme je l'ai dit ci-dessus, il n'y a que les actes *postérieurs aux inscriptions* (1) qui puissent donner lieu à un recours contre le tiers détenteur. Et ici les hypothèques concédées par le tiers détenteur, et inscrites par ses créanciers, sont *antérieures aux inscriptions* des créanciers du précédent propriétaire.

En voilà assez pour montrer que les moyens qu'offre l'art. 2177 se dissipent devant les principes invariables de l'art. 2134, combiné avec l'art. 834 du Code de procédure civile.

843 *bis*. Que deviennent les servitudes constituées par le tiers détenteur délaissant ?

Les auteurs modernes n'ont pas, à ma connaissance, traité cette question. Elle est importante, cependant, et présente des difficultés.

Loyseau se borne à dire, sur cette question, que les servitudes constituées par le délaissant subsistent (2). Mais Bourjon veut que celui qui a obtenu la servitude ne puisse en continuer l'exercice qu'en se soumettant à faire vendre l'héritage à si haut prix, que les créanciers des auteurs du délaissant seront entièrement payés. Car, dit Bourjon, cette servitude ne peut nuire en aucune façon aux créanciers qui poursuivent le délaissement ; autrement leur hypothèque se trouverait affaiblie par le fait d'un tiers, ce qui ne peut être (3).

Il me semble que cette opinion devait souffrir des difficultés d'après les anciens principes. Car, suivant la jurisprudence de ce temps, le délaissant n'était tenu de remettre l'héritage que dans l'état où il se trouvait à l'époque de la demande (4). Étant propriétaire, pouvant user et abuser, pourquoi n'aurait-il pas pu constituer

(1) N° 832.

(2) Liv. 6, ch. 7, n° 6.

(3) T. 2, p. 650. Arg. de ce qui se faisait en matière de déguerpissement. Pothier, Bail à rente, n° 182.

(4) *Suprà*, n° 831.

des servitudes? Ce n'est qu'autant que ces servitudes auraient été constituées depuis la demande, qu'elles n'auraient pu être opposées aux créanciers hypothécaires.

Sous le Code Napoléon, on se trouve partagé entre deux principes contraires, et qu'il faut concilier : l'un, que le délaissement n'empêche pas le délaissant d'avoir été et d'être encore vrai propriétaire; l'autre, que, depuis les inscriptions, le tiers détenteur n'a pu rien faire pour rendre plus mauvaise la condition des créanciers. Or, comment peut-on savoir que la servitude a nui ou non aux droits des créanciers? On ne peut le savoir qu'après la vente de l'immeuble; et cependant, si l'on vend cet immeuble sans les servitudes, et que le prix qu'on retire de l'adjudication soit plus que suffisant pour payer les créanciers, il en résultera qu'on aura éteint, sans aucun motif, une servitude qui pouvait être fort utile à celui qui l'avait obtenue.

Pour mettre d'accord ces divers intérêts, je crois qu'il faudra autoriser les créanciers poursuivants à exiger qu'en cas de préjudice, le tiers détenteur les indemnise de la constitution de la servitude; ils pourront même, si cela est nécessaire, étendre leur action en indemnité jusqu'au propriétaire lui-même de la servitude; car ce dernier n'a pu acquérir de droits préjudiciables aux inscriptions (arg. de l'art. 2175).

Par cette combinaison, tous les droits seront garantis. Les créanciers du précédent propriétaire n'éprouveront aucun dommage, et le propriétaire de la servitude conservera son droit, sauf indemnité s'il y a préjudice, et si le tiers détenteur est hors d'état de le payer.

ARTICLE 2178.

Le tiers détenteur qui a payé la dette hypothécaire, ou délaissé l'immeuble hypothéqué, ou subi l'expropriation de cet immeuble, a le recours en garantie, tel que de droit, contre le débiteur principal.

SOMMAIRE.

844. Éviction que produit le délaissement. Distinction de Loyseau rejetée. Étendue du recours en garantie contre le vendeur.

COMMENTAIRE.

844. Le délaissement par hypothèque produit pleine éviction. C'est-à-dire que l'acheteur a contre le vendeur l'action pour la restitution du prix et les dommages et intérêts (1).

Mais faut-il que, pour qu'il y ait lieu à éviction, l'acquéreur ait dénoncé les poursuites au vendeur avant le délaissement, ou au moins avant la vente par adjudication ?

Loyseau décide cette question par une distinction entre la partie de la demande en garantie qui porte sur la restitution du prix, et celle qui porte sur les dommages et intérêts.

Dans tous les cas, le vendeur est tenu de la restitution du prix, soit que la poursuite lui ait été ou non dénoncée ; mais il n'est tenu des dommages et intérêts que lorsque le tiers détenteur lui a dénoncé le trouble, et l'a sommé en temps et lieu. « Le vendeur lui dira que, s'il eût été » averti du décret, il ne l'aurait pas laissé achever ; » mais il eût payé promptement ces dettes, ou du moins » il n'eût pas laissé vendre l'héritage à si vil prix, mais » il eût interposé les enchérisseurs (2). »

Mais je doute que cette distinction soit admissible aujourd'hui. Le vendeur est toujours averti, d'après l'article 2169, par le commandement de payer qui lui est

(1) Mais il a été jugé que le tiers détenteur évincé par une adjudication sur sommation après avoir payé son prix, n'a aucun droit de préférence pour le remboursement de ce prix qui lui est dû par le vendeur originaire. Il doit venir à contribution avec les autres créanciers chirographaires sur ce qui reste du prix d'adjudication après le paiement des créanciers inscrits. Cass., 28 mars 1843 (Sirey, 43, 1, 297).

(2) Liv. 6, ch. 7, n° 1.

fait à la requête du créancier poursuivant. Il ne peut plus prétendre cause d'ignorance. S'il n'a pas payé le poursuivant, c'est qu'il n'en avait pas le moyen ou qu'il ne l'a pas voulu.

Le tiers détenteur a droit de répéter ce qu'il a payé de son prix, les loyaux coûts de son acquisition, toutes les dépenses qu'il a faites sur l'héritage par lui délaissé, et tous dommages et intérêts tels que de droit (1).

Si ces créanciers personnels avaient été colloqués sur le prix, ce qui leur aurait été payé devrait être déduit de ce que le précédent propriétaire aurait à lui rembourser pour dommages et intérêts, etc. (2).

ARTICLE 2179.

Le tiers détenteur qui veut purger sa propriété en payant le prix, observe les formalités qui sont établies dans le chapitre 8 du présent titre.

SOMMAIRE.

845. Renvoi pour tout ce qui tient à la purgation des hypothèques.

COMMENTAIRE.

845. Je m'occuperai, sous les art. 2181 et suivants, des formalités relatives au purgement et qui ont été établies pour soustraire le tiers détenteur aux poursuites autorisées par le chapitre qui vient d'être analysé.

J'ai dit *suprà*, n° 778 *quat.*, pour quel motif l'art. 2179 ne renvoie pas au chap. 9, qui indique les moyens de purger les hypothèques légales.

(1) *Suprà*, t. 3, n° 838. *Infrà*, t. 4, n° 967, et Répert., v° Transcription. V. mon Commentaire sur la Vente, n° 487 et suiv.

(2) Loyseau, liv. 6, ch. 7, n° 6.