

Je parlerai sous l'article suivant de ce que doit payer le tiers détenteur, et je donnerai quelques détails plus amples sur le délaissement par hypothèque, et ses différences avec le déguerpissement.

784 *bis*. Mais que doit-on entendre, à proprement parler, par tiers détenteur ? quel est celui contre qui on pourra exercer ce qui reste dans le droit actuel de l'action hypothécaire, et qu'il faudra sommer de délaisser ou de payer ?

Détenteur, suivant l'étymologie du mot, veut dire, dans son acception la plus large, celui qui tient la chose en sa garde, ou possession, ou propriété, à quelque titre que ce soit. Tels sont les gardiens judiciaires, les fermiers, locataires, ceux qui ont la possession annale de bonne ou de mauvaise foi, les propriétaires par succession ou acquisition à titre onéreux ou gratuit, comme acquéreurs, échangeistes, donataires, légataires, etc.

Mais, dans notre article, le mot *tiers détenteur* n'a pas une signification si étendue. Il ne concerne pas ceux qui ne détiennent que *merâ custodiâ*, et qui possèdent pour autrui, tels que les colons, fermiers, locataires ; c'est pour cela qu'il a été jugé, par arrêt de la Cour de cassation du 21 juin 1809, qu'on ne peut faire la sommation de délaisser ou de payer à celui qui ne possède qu'à titre d'antichrèse (1).

En recourant à ce que j'ai dit ci-dessus, n° 776 et suivants, on verra facilement quels sont ceux qui, détenant la chose hypothéquée ou même un de ses démembrements, sont sujets ou non aux poursuites des créanciers ayant inscription sur elle.

J'ajoute que le tiers détenteur dont parle ici la loi est celui-là seul qui est *propriétaire* de la chose sur laquelle est assise l'hypothèque, et qui *peut l'aliéner* ; car, la fin de la poursuite hypothécaire étant d'obtenir le délaissement de la chose, comme ce délaissement ne peut être

(1) Dalloz, Hyp., p. 342, n° 3.

fait que par celui qui peut aliéner (art. 2172), il s'ensuit qu'on ne peut sommer de délaisser ou de payer que celui qui a sur la chose un droit assez étroit pour la pouvoir aliéner.

Ainsi, celui qui a hypothèque sur la nue propriété ne devra pas adresser sa sommation au tiers détenteur qui n'a que l'usufruit. Cette sommation tend en effet au délaissement du fonds. Or, l'usufruitier peut bien aliéner son usufruit, mais il ne peut aliéner la nue propriété. La sommation s'adresserait donc à quelqu'un qui ne pourrait pas y répondre.

Il en serait autrement si l'hypothèque ne portait que sur l'usufruit. Alors, le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser ou de payer. On devrait dire la même chose si l'hypothèque portait sur le fonds et l'usufruit. Le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser l'usufruit ou de payer. Dans ce cas, l'usufruitier détient une portion de ce qui est affecté à l'hypothèque (1).

Il me suffit d'énoncer ces règles ; elles lèvent toutes les difficultés.

Du reste, on ne devrait pas conclure de là que, de ce que le tuteur ne peut aliéner les biens du mineur, de ce que le curateur à succession est dans la même situation pour les biens de la succession, il ne faut pas, avant de faire saisir les biens du mineur ou de la succession, faire la sommation de payer ou de délaisser ; car le tuteur et le curateur représentent le vrai propriétaire, qui est le mineur ou la succession, lesquels doivent être mis en demeure de purger s'ils le veulent. On conçoit que si ces administrateurs ne peuvent personnellement aliéner, c'est dans l'intérêt de ceux qu'ils représentent ; mais qu'ils peuvent se faire relever de cette incapacité en s'environnant des formalités prescrites par la loi. Il n'appar-

(1) Paris, 25 décembre 1808 (Sirey, 9, 2, 50). Grenier, t. 2, p. 52 et 53. *Suprà*, n° 776.

tient pas au créancier poursuivant de préjuger ce qu'ils pourront faire dans l'intérêt de l'administration qui leur est confiée.

ART. 2168.

Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve.

SOMMAIRE.

- 785. Définition du délaissement.
- 786. Différence avec le déguerpissement.
- 787. Quelles personnes peuvent délaisser. Comment se fait le délaissement. Quels en sont les effets. Renvoi.
- 788. Que doit payer le tiers détenteur s'il préfère conserver l'immeuble.
- 788 bis. Lorsque le tiers détenteur paye, il est subrogé de plein droit aux créanciers hypothécaires. Effet de cette subrogation.
- 788 ter. Comment le tiers détenteur subrogé doit-il diviser son action contre les autres détenteurs de biens hypothéqués ?
- 789. Par la subrogation de plein droit, le tiers détenteur exerce les droits du créancier payé sur tous les biens hypothéqués à ce dernier pour la créance acquittée. Renvoi.
- 789 bis. Par l'exception *cedendarum actionum*, le tiers détenteur peut quelquefois faire réduire la somme que lui demande le créancier poursuivant. Premier cas.
- 789 ter. Deuxième cas.

COMMENTAIRE.

785. Je ne reviendrai pas sur ce que j'ai dit sous l'article précédent de la postposition, qui le défigure, et qui

se trouve écrite avec aussi peu d'à-propos dans l'art. 2168. Je me bornerai à répéter que le législateur se fût exprimé d'une manière plus logique, en disant que le tiers détenteur est tenu au délaissement, si mieux il n'aime payer les capitaux et intérêts exigibles. Il ne fallait pas imiter le mauvais langage de Loysel, qui a fort improprement dit : « *en fait d'hypothèques, cens ou rentes, il faut payer ou quitter* (1). »

Arrêtons-nous donc à cette vérité, que le tiers détenteur doit quitter ou payer. Mais qu'entend-on par *délaissement*? C'est *l'abandon de la possession de l'héritage, fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour s'exempter de l'expropriation*. Je dis que c'est un simple abandon de la possession. En effet, le tiers détenteur reste toujours propriétaire jusqu'à l'adjudication, et il peut reprendre l'héritage en payant les dettes pour lesquelles il est hypothéqué, et tous les frais (2). Je dis, de plus, que c'est aux créanciers inscrits que se fait le délaissement; car ce sont eux seuls qui peuvent l'exiger en vertu de leurs hypothèques. Mais remarquons bien qu'ils ne peuvent garder l'immeuble (3), et qu'il faut qu'ils le fassent vendre par adjudication afin de le convertir en argent, et de se payer sur le prix dans l'ordre de leurs hypothèques (4).

786. Le délaissement ne doit pas être confondu avec le déguerpissement. L'objet du déguerpissement était de se dégager de la rente ou redevance foncière assise sur le fonds. Le délaissement n'a lieu, comme autrefois, que pour les hypothèques. Le déguerpissement se faisait à celui qui avait été autrefois propriétaire de l'immeuble, et ne l'avait cédé qu'à la charge de la rente foncière;

(1) Liv. 3, tit. 7, n° 20. *Inst. Cout.* Je fais cette observation sans vouloir rien ôter au mérite supérieur de ce jurisconsulte.

(2) Loyseau, liv. 1, ch. 2, n° 13, et liv. 6, ch. 7. Pothier, *Orléans*, t. 20, n° 51. Art. 2173 du Code Napoléon.

(3) *Infra*, n° 795.

(4) Loyseau, *loc. cit.*

on remettait les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat; au contraire, le délaissement se fait au simple créancier. Celui qui faisait le déguerpissement abandonnait la propriété; celui qui fait le délaissement n'abandonne que la possession. Ce n'est que par l'adjudication qu'il perd la propriété. Enfin, par le déguerpissement, le propriétaire rentrait dans sa chose et la gardait comme un objet à lui appartenant; au contraire, le délaissement ne donne au créancier, en faveur de qui il est fait, que le droit de vendre l'héritage : il lui est défendu de le garder, (1).

787. Nous verrons, sous les art. 2172, 2173, 2174, 2175 et suivants, comment s'opère le délaissement, quelles personnes ont capacité pour le faire, quelles en sont les suites à l'égard du tiers détenteur et en ce qui concerne les charges qu'il a imposées sur la propriété, les améliorations ou détériorations qu'il y a faites, les droits qu'il y possédait avant l'aliénation, etc.

788. Expliquons maintenant ce que doit payer le tiers détenteur, s'il préfère conserver l'immeuble par lui acquis et dont il ne purge pas les hypothèques.

D'après notre article, il doit payer la totalité de la créance en capitaux et intérêts exigibles. Peu importe qu'il ne possède qu'une légère fraction de la chose hypothéquée : l'hypothèque est indivisible; elle conserve toute la créance dans chaque parcelle de l'immeuble hypothéqué. Peu importe encore que la somme due soit plus considérable que la valeur de l'objet détenu par le tiers possesseur. Le créancier ne peut être contraint de recevoir son paiement par portions. Il faut lui délaisser le total de la chose ou lui payer le total de la dette (2). Quelques auteurs anciens avaient cependant enseigné que le tiers possesseur pouvait s'exempter de

(1) Loyseau, liv. 1, ch. 2, n° 13. Denizart, v° Déguerpissement. Grenier, t. 2, p. 60, n° 328.

(2) Favre, C., lib. 8, t. 6, déf. 40 et 41.

la poursuite hypothécaire en offrant la valeur de l'immeuble possédé (1)! Mais cette opinion ne pouvait se soutenir, et n'avait qu'un petit nombre de partisans (2).

Quand je dis que le tiers détenteur doit payer le total de la dette, il est entendu que cela comprend les intérêts et dépens (3), en un mot tous les accessoires quelconques qui ont rang d'hypothèque sur l'immeuble dès avant l'aliénation.

Sur quoi on a élevé la question de savoir si l'article 2151 du Code Napoléon peut être invoqué par le tiers détenteur comme par les créanciers inscrits, et si ce tiers détenteur ne doit que les intérêts conservés par l'inscription (4).

MM. Persil (5) et Grenier (6) sont d'avis que la nécessité de conserver les intérêts par l'inscription n'existe qu'entre créanciers, et c'est ce que paraît avoir jugé un arrêt de la cour de Bruxelles du 4 août 1806 (7).

Je pense avec M. Dalloz (8) que cette opinion ne saurait être suivie. Le tiers détenteur ne doit payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble. Car il ne paye que comme bien-tenant, et non comme obligé personnel. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque

(1) Fachin, Cont., lib. 11, c. 11.

(2) Idem.

(3) L'art. 2168 ne parle, il est vrai, que des *intérêts et capitaux* exigibles, sans mentionner les *frais ou les dépens*. Mais, quant aux frais, l'art. 2168 doit être combiné avec l'art. 2167: or, par ce dernier article, le tiers détenteur est obligé à *toutes* les dettes hypothécaires. Il a donc été justement décidé que le tiers détenteur qui, pour éviter les poursuites d'un créancier hypothécaire, lui fait des offres réelles, doit comprendre dans ces offres une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire. — Toulouse, 4 février 1829 (Dall., 29, 2, 243; Sirey, 29, 2, 196).

(4) *Suprà*, n° 702.

(5) Sur l'art. 2151, n° 11.

(6) T. 1, n° 101. — *Junge* M. Zachariæ, t. 2, § 285.

(7) Dalloz, Hyp., p. 320, n° 5.

(8) Dall., Hyp., p. 402, n° 26. — *Junge* Bordeaux, 28 février 1850 (Sirey, 51, 2, 188).

que les trois années attachées de droit à l'inscription, ou ceux qu'on a conservés par inscriptions spéciales. Tout le reste rentre dans la masse chirographaire.

Si le débiteur avait des termes et délais pour payer, le tiers détenteur en profiterait; en effet, comme il s'exécute à la place du débiteur, il ne doit pas être de plus mauvaise condition que lui. Il arrive quelquefois que l'acquéreur d'un immeuble ne purge pas, parce que les créances dont l'hypothèque couvre cet immeuble, et qu'il doit acquitter entre les mains des créanciers, ne sont payables qu'à des époques éloignées. C'est pour lui un avantage; il n'est pas obligé de faire sur-le-champ des déboursés considérables, comme il aurait été forcé de le faire s'il eût dû acquitter de suite le prix entre les mains du vendeur, qui, malgré les hypothèques qui pèsent sur ses biens, trouve néanmoins à s'en défaire avec émolument à cause du long terme des exigibilités. Il fallait donc nécessairement que l'acquéreur participât aux mêmes délais que le débiteur, d'autant que la nature de l'obligation ne peut changer par un fait d'aliénation étranger au créancier.

788 bis. Dans l'ancienne jurisprudence les auteurs conseillaient au tiers détenteur qui voulait conserver la possession de l'immeuble, de ne payer qu'autant que le créancier antérieur en date lui cédait ses actions, privilèges et hypothèques. C'est ce qu'on appelait l'exception *cedendarum actionum*. Cela tenait à ce qu'alors on n'était pas bien d'accord sur la question de savoir si la subrogation s'opérait de plein droit en pareil cas. Mais le Code Napoléon a décidé qu'un semblable paiement donnait lieu à *subrogation légale*. Le tiers détenteur ne peut donc plus se faire un moyen de l'exception *cedendarum actionum* pour retarder son paiement (art. 2151 Code Napoléon) (1).

Par cette subrogation, le tiers détenteur peut agir non-

(1) *Suprà*, n° 358.

seulement contre le débiteur principal et ses cautions, mais encore contre les autres détenteurs de biens soumis à l'hypothèque.

La cour impériale de Toulouse a même jugé, par arrêt du 19 février 1827 (1), qu'avant d'avoir payé au créancier hypothécaire, et d'être par conséquent son subrogé, il pouvait actionner les autres tiers détenteurs, contre lesquels il aurait son recours après avoir acquitté le montant des charges hypothécaires, afin de faire fixer la somme pour laquelle il aurait, s'il payait, le droit de les poursuivre hypothécairement (2).

788 *ter*. La raison de ceci est que, lorsque le tiers détenteur, qui a payé, agit contre les autres détenteurs de biens hypothéqués, il ne peut pas les rechercher pour le total, mais seulement au prorata de ce que chacun d'eux et lui-même possèdent d'héritages hypothéqués à la dette. Autrement il se ferait un circuit d'actions (3).

Par exemple, Caius a une hypothèque générale sur les fonds A, B, C, D, appartenant à Sempronius. Ce dernier vend ces biens à *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. Caius poursuit *Primus*, qui paye. *Primus* est donc subrogé aux droits de Caius, et peut agir par la voie hypothécaire contre *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. Mais s'il voulait exiger de *Secundus*, par exemple, le total de la créance, il arriverait que ce même *Secundus* aurait droit d'agir contre lui *Primus*, comme détenteur d'immeubles affectés à la créance, à laquelle il a été aussi subrogé de plein droit. La sommation ne doit donc exiger que le *prorata* (4).

789. Le tiers détenteur, qui paye le créancier inscrit, est subrogé de plein droit aux hypothèques que ce créancier avait pour la créance, non-seulement sur l'immeuble

(1) Dall., 28, 2, 41, 42; Sirey, 28, 2, 75.

(2) *Junge* Loyseau, liv. 2, ch. 8, n° 9.

(3) Voir les arrêts cités *infra*, au n° 789.

(4) Pothier, Orléans, t. 20, n° 42. Grenier, t. 2, p. 74.

libéré, mais encore sur tous autres immeubles. J'en ai donné les raisons ailleurs (1). C'est à tort que le contraire a été jugé par un arrêt de la cour de Bourges du 10 juillet 1829.

789 *bis*. Mais si l'exception *cedendarum actionum* ne peut plus être un moyen de retarder le paiement, elle peut être quelquefois un moyen pour faire réduire la demande du créancier qui, par son fait, ne peut subroger le tiers détenteur qui le paye, aux privilèges et hypothèques qu'on avait droit d'attendre de lui. Je m'explique par un exemple.

Caïa a une hypothèque générale sur les fonds A, B, C, D, appartenant à son mari. Celui-ci les vend à *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*, et Caïa renonce à son hypothèque sur *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. Elle somme *Quartus* de délaisser ou de payer le total de sa dot, montant à vingt mille francs.

De deux choses l'une : ou Caïa a déjà renoncé à son hypothèque quand *Quartus* a acquis, ou bien cette renonciation n'a eu lieu qu'après son acquisition.

Dans le premier cas, *Quartus* doit payer la totalité des vingt mille francs, s'il veut s'exempter du délaissement. Les immeubles possédés par *Primus*, *Secundus* et *Tertius* étaient devenus libres au moment de son acquisition : il a dû prendre les choses comme elles se trouvaient. Mais si cette renonciation n'a lieu qu'après l'acquisition de *Quartus*, alors il a droit de dire à Caïa : Je ne puis vous payer le total de la somme qu'autant que vous me subrogez à vos droits contre *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. Lorsque j'ai acquis le fonds D, à vous hypothéqué, j'ai compté que, si vous me poursuiviez, j'obtiendrais, en vous payant, le droit de faire contribuer à la dette *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, au

(1) V. n° 359, où je cite les auteurs et les arrêts qui appuient cette doctrine. *Junge* Cassation, 21 décembre 1836 (Sirey, 37, 1, 54).

moyen d'une subrogation dans vos droits. Vous avez rendu cette subrogation impossible *par votre fait* : ce n'est pas moi qui dois en souffrir. Si j'eusse obtenu la subrogation, je n'aurais payé que cinq mille francs; car j'aurais forcé Primus, Secundus et Tertius à contribuer et à verser entre mes mains cinq mille francs chacun; mais votre renonciation me prive de la possibilité de me faire payer ces quinze mille francs. Il me suffit donc de vous payer cinq mille francs, au lieu de vingt mille francs pour éviter le délaissement (1).

Ces principes et ces distinctions étaient enseignés par nos anciens jurisconsultes. On peut consulter Dumoulin (2) et Loyseau (3). La Cour de cassation s'y est conformée par arrêt du 23 janvier 1815 (4), en se fondant sur les lois 5 D. *De censib.*, et 19, D. *Qui potior*, et sur l'art. 1149 du Code Napoléon.

789 *ter*. Il est un autre cas où le créancier n'est pas fondé à exiger le total de la créance, aussi par suite de l'impossibilité de faire cession pleine de ses actions. C'est lorsque le créancier possède lui-même des héritages qui ont été hypothéqués à sa dette. Alors il faut nécessairement qu'il fasse confusion de la dette au prorata de ce qu'il possède d'héritages qui y sont hypothéqués. La raison en est simple. Le tiers détenteur, en payant le tout, est subrogé aux droits du créancier. Mais le créancier ne peut lui céder son hypothèque sur le fonds qu'il détient, puisque, par son fait, il l'a éteinte par la confusion. Il a donc nui par là au tiers détenteur. « *Repellitur exceptione quatenus nocuit reo, dum facto suo non potest ei cedere actiones quas cedere debebat* (5). »

Cependant, comme le dit Pothier d'après Dumoulin et Loyseau, cette exception ne peut avoir lieu que lors-

(1) M. Grenier, t. 2, p. 75. M. Dalloz, Hyp., p. 358.

(2) *De usuris*, quæst. 89, n° 680 et suiv.

(3) Liv. 2, ch. 8, n° 19.

(4) Dall., Hyp., p. 358 et 359.

(5) Loyseau, liv. 2, ch. 8, n° 16, 19. Pothier, Orléans, t. 20, n° 43.

que le créancier a acquis les héritages hypothéqués à sa dette postérieurement à l'acquisition que le défendeur a faite des autres héritages. Car s'il a acquis auparavant, on ne peut pas dire qu'en les acquérant il ait privé le défendeur d'aucun droit de recours sur ces héritages.

ARTICLE 2169.

Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

SOMMAIRE.

- 790. Formalités pour les poursuites en délaissement. Commandement au débiteur originaire. Son utilité. Sommation au tiers détenteur. Son utilité.
- 791. La sommation doit être suivie du commandement dans l'ordre rationnel.
- 792. De la personne capable pour recevoir la sommation.
- 793. Du délai pour se pourvoir par saisie immobilière. Mésaccord entre l'art. 2169 et l'art. 2183. Combien de jours sont compris dans le mois. Condamnation d'une opinion de M. Grenier.
- 793 bis. Erreur de la cour de Nîmes, qui a pensé que la sommation dont parle notre article est une sommation de *purger*.
- 794. Formes de la sommation.
- 795. C'est sur le tiers détenteur que se poursuit l'expropriation. Il peut opposer le défaut de commandement au débiteur originaire, et même la nullité d'icelui, si elle procédait d'un défaut de qualité dans la personne qui l'a reçu. Mais il ne pourrait exciper d'un vice de forme.
- 795 bis. La déchéance de purger profite à tous les créanciers. Que doivent-ils faire si le poursuivant abandonne la poursuite hypothécaire?

795 *ter.* La poursuite hypothécaire peut être exercée par tout créancier, quel que soit son rang. *Une hypothèque n'empêche pas l'autre.* Renvoi pour une question qui se rattache à ce principe.

795 *quat.* C'est par la vente en expropriation forcée que se résout la poursuite hypothécaire. Un créancier premier en hypothèque ne pourrait pas prendre la chose et la garder, à dire d'experts, sous prétexte que les autres créanciers postérieurs n'auraient pas de rang utile dans la collocation, et que la procédure en expropriation serait frustratoire. Arrêt du parlement de Paris et opinion d'Henrys rejetée.

COMMENTAIRE.

790. Les créanciers hypothécaires qui veulent exercer leur recours contre les tiers détenteurs doivent faire d'abord un commandement de payer au débiteur originaire, et une sommation au tiers détenteur de délaisser l'héritage, ou de payer la dette originaire. On procède contre le tiers détenteur, qui ne satisfait pas à l'une ou à l'autre de ces obligations, par la voie de l'expropriation forcée.

Pourquoi un commandement au débiteur originaire? La raison en est que le débiteur principal doit être informé des procédures rigoureuses auxquelles les créanciers veulent se livrer, afin qu'il puisse aviser aux moyens d'en préserver son acquéreur, en payant la somme due (1). Une autre raison se tire de l'art. 2217 du Code Napoléon; car, si le débiteur et le tiers détenteur ne payent pas, la poursuite vient se résoudre en expropriation forcée. Or, toute poursuite de ce genre doit être précédée, à peine de nullité, d'un commandement de payer, fait, à la requête du créancier, à la personne du débiteur ou à son domicile, par le ministère d'un huissier.

(1) *Infra*, n° 795.

La même formalité est impérativement ordonnée par l'art. 673 du Code de procédure civile, qui indique les solennités de cet acte de procédure.

D'un autre côté, le tiers détenteur doit être mis en demeure de délaisser ou de payer. Cette sommation est nécessaire pour faire courir le délai du purgement ; car c'est seulement par l'expiration de ce laps de temps, sans purger ni payer, qu'il y a ouverture à l'expropriation. Enfin dans le cas où le créancier serait forcé de saisir sur le tiers détenteur, cette sommation vaut commandement à l'égard de ce dernier ; elle évite par conséquent les frais d'un nouvel acte (1). Je dois dire cependant que, pour plus de précaution, il sera bon d'exprimer dans la sommation qu'elle vaut commandement, suivant le modèle donné par M. Pigeau.

Voilà le but de la sommation exigée par notre article ; pour être exactement libellée, elle devra contenir demande de délaisser, si mieux n'aime payer la dette exigible. La routine a fait tenir au législateur un langage différent. Mais il faut toujours en revenir à ce qu'il y a de plus conforme à la liaison des idées (2).

(1) M. Pigeau, t. 2, p. 445, *ad notam*. *Infrà*, n° 794. Paris, 21 mars 1806 (Sirey, 7, 2, 249).

(2) Quelle est la durée et l'effet des commandement et sommation prescrits par notre article ?

Quant au commandement, la jurisprudence est assez divergente. D'une part, il a été décidé que le commandement fait au débiteur originaire se périe, à défaut de saisie sur le tiers détenteur, dans les trois mois. V. Montpellier, 29 novembre 1824 ; Nîmes, 12 février 1835 ; Rouen, 8 mars 1839 ; Amiens, 31 décembre 1839 ; Douai, 14 décembre 1840 (Sirey, 39, 2, 387 ; 41, 2, 190 et 475) ; et même que le commandement se périe faute d'avoir été suivi, dans les trois mois, de la sommation de payer ou délaisser adressée au tiers détenteur. Cass., 14 mai 1839 et 16 mai 1843 (Sirey, 39, 1, 569, et 44, 1, 283). Mais, d'une autre part, il a été décidé que le commandement ne se périe pas faute d'avoir été suivi, dans les trois mois, d'une saisie immobilière. Bordeaux, 23 avril 1831 et 22 juillet 1843 ; Cass., 9 mars 1836 ; Amiens, 10 mai 1837 ; Limoges, 5 mars 1842 (Sirey, 31,

791. Les auteurs ne sont pas d'accord sur la question de savoir si le commandement doit précéder la sommation ou si la sommation doit précéder le commandement.

Je pense, avec M. Pigeau, que la sommation au tiers détenteur doit suivre le commandement, et même faire connaître que ce commandement a eu lieu (1). Cela est

2, 328; 36, 1, 277; 38, 2, 196; 44, 2, 199; 42, 2, 481). J'incline assez à ce dernier avis, l'art. 674 du Code de procédure ne me paraissant pas applicable à ce cas.

Quant à la *sommation* adressée au tiers détenteur, il résulte des dispositions de l'art. 2176 qu'elle n'a d'effet que pendant trois ans; c'est ce que j'ai prouvé dans mon *Commentaire de la Prescription*, t. 2, n° 580.

Je dois dire, cependant, qu'une opinion contraire a été développée par M. Delvincourt dans le recueil de Sirey, 36, 1, 277. *Junge* Poitiers, 21 juillet 1842 (Sirey, 44, 1, 285). V. aussi Poitiers, 27 novembre 1833, et Bourges, 19 juillet 1842 (Sirey, 34, 2, 166, et 42, 2, 409). Mais je crois ne devoir modifier en rien ce que j'ai enseigné à cet égard. — Du reste, la Cour de cassation a décidé qu'en supposant que la sommation soit périmée par le laps de trois ans, la péremption serait interrompue si, dans ce délai, il y avait opposition de la part du créancier à l'ouverture de l'ordre requis par le tiers détenteur. Et il en serait ainsi, alors même que plus de trois ans se seraient écoulés sans poursuite depuis cette opposition, si l'instance a été reprise par le créancier avant toute demande en péremption de la part du tiers détenteur. Cass., 26 juillet 1843 (Sirey, 44, 1, 285; Dalloz, 43, 1, 472; *J. Pal.*, 1843, t. 2, p. 703).

(1) C'est aussi l'avis de MM. Persil, sur l'art. 2169, n° 2, et Duranton, t. 20, n° 368; plusieurs arrêts l'ont consacré. V. notamment les motifs d'un arrêt de la cour de Caen du 9 août 1824; un arrêt de la cour de Toulouse du 29 juin 1836 (Sirey, 37, 2, 27), qui a été maintenu malgré le pourvoi en cassation dont il a été l'objet. Cassation, 2 mars 1840 (Sirey, 40, 1, 345). V. encore un arrêt de la cour de Nîmes du 10 décembre 1850 (*J. P.*, 1853, t. 2, p. 219). — Comme je le dis au texte, je n'adopterais pas dans tout ce qu'elles ont d'absolu ces décisions, desquelles il paraît résulter qu'il y aurait nullité si l'ordre indiqué n'était pas suivi. Cet ordre est fixé par la raison même des choses; mais il me paraîtrait bien rigoureux d'y attacher une sanction de nullité. C'est aussi l'avis de M. Bioche, *Dict. de*

nécessaire pour que le tiers détenteur sache que son vendeur est poursuivi ; car peut-être la crainte des poursuites déterminant le débiteur à payer, le droit de suite deviendra inutile à exercer. Notre article paraît d'ailleurs avoir entendu que le commandement précéderait la sommation ; c'est ce qu'indique la tournure de la phrase. Au surplus, il n'y aurait sans doute pas nullité, si la sommation précédait le commandement. Mais l'ordre rationnel exigeait que nous fissions ces observations.

792. La sommation doit être faite au tiers détenteur lui-même, ou, s'il est incapable, à ceux qui sont préposés pour le représenter.

Si l'immeuble avait été vendu à un mari agissant au nom de la communauté, ce serait à lui seul que devrait se faire la sommation.

Mais si l'acquisition eût été faite par la femme avec l'autorisation de son mari, la sommation devrait s'adresser à l'un et à l'autre (1).

793. Je dois préciser davantage le délai dans lequel

procéd., v° *Saisie immobilière*, n° 135 ; et c'est à ce point de vue seulement que j'approuve divers arrêts desquels il résulte que la sommation et le commandement peuvent être faits indifféremment l'un avant l'autre. V. Riom, 6 août 1842 (Sirey, 42, 2, 483) ; Amiens, 15 janvier 1847 (*J. Pal.*, 1849, t. 1, p. 575). V. encore, dans le sens de ces arrêts, MM. Grenier, n° 341 ; Lachaize, *Vent. des imm. par exp.*, t. 2, n° 512 ; Zachariæ, § 287, note 12 ; Chauveau sur Carré, quest. 2198, § 2, *in fine*.

(1) Art. 2208 du Code. MM. Persil, art. 2169, n° 9, Grenier, t. 2, p. 98 et 99. — Par application de la règle, il a été décidé que la sommation de payer ou de délaisser ne peut être adressée à un acquéreur condamné par contumace à une peine emportant mort civile, bien qu'il se trouve encore dans les délais pour purger sa contumace. L'effet de la condamnation étant de priver le contumax de la jouissance de ses droits civils, dans l'intervalle, la sommation doit être adressée au domaine, devenu, par l'effet du séquestre, détenteur des biens du condamné et son représentant. Bordeaux, 3 février 1835 (Sirey, 35, 2, 267).

il y a lieu de se pourvoir par la voie de saisie immobilière.

Notre article dit que les créanciers pourront faire vendre l'immeuble sur le tiers détenteur *trente jours après* le commandement et la sommation.

D'un autre côté, l'art. 2183 dit que le tiers détenteur qui veut se garantir des poursuites doit faire la notification de son titre *dans le mois, au plus tard*, à compter de la sommation à lui faite de délaisser ou de payer.

Ces deux dispositions ne concordent pas facilement l'une avec l'autre. En effet, il y a des cas où un mois est plus ou moins que trente jours. Faudra-t-il suivre, dans tous les cas, le délai dont parle l'art. 2169, ou bien faudra-t-il faire plier ce délai aux variations de la longueur du mois?

Je m'explique. Il est bien certain que les créanciers hypothécaires ne peuvent agir par la voie de l'expropriation contre le tiers détenteur, qu'autant qu'il est déchu de la faculté de purger, et qu'il ne délaisse pas ou ne paye pas.

Or, il peut purger, c'est-à-dire offrir de payer (article 2184) *dans le mois* à compter de la sommation (art. 2183). Le mois peut avoir trente-un jours; le trente-unième jour est-il dans le délai légal pour purger?

D'un autre côté, notre art. 2169 déclare que les créanciers hypothécaires ont droit de faire vendre la chose *trente jours* après le commandement et la sommation, d'où il suit que l'on pourrait faire saisir un jour avant que la faculté de purger fût épuisée.

Les auteurs se sont partagés sur les moyens de concilier l'art. 2169 avec l'art. 2183. M. Battur (1) veut que le mois soit censé de trente jours, et que l'art. 2183 s'explique par l'art. 2169. Au contraire, M. Grenier (2) soutient que le délai d'un mois dont parle l'art. 2183 doit

(1) T. 2, p. 104 et 105.

(2) T. 2, p. 100 et suiv.

varier suivant la longueur effective des mois, d'après le calendrier grégorien.

La question de savoir de combien de jours est composé le mois a fort tourmenté les interprètes du droit romain. Balde et Marianus Socin la considéraient comme fort difficile. Dèce, Alexandre, Alciat s'en sont sérieusement occupés, et l'on trouve leurs décisions rapportées et discutées par le docte Menochius (1).

Ce qui donnait lieu à ces embarras, c'est que les lois romaines semblaient contenir des contradictions sur la durée légale du mois.

La loi 18, D. *De Ædilitio edicto*, fixait à deux mois le délai pour intenter l'action rédhibitoire, et la loi 31, § 22, au même titre, expliquait que ce délai devait s'entendre de soixante jours.

L'authentique *jubemus*, C. *De judic.*, fait supposer qu'en droit le délai d'un mois se compose de trente jours. C'est aussi ce qui résulte de la Nouvelle 115, § *sed et hoc*, de la loi dernière, C. *De jure delib.*, et des lois 4, § 1 et 29, § 5, D. *De adulteriis*.

D'un autre côté, les lois 2, C. *De tempor. appell.*, et dernière, § 1, C. du même titre, fixent la durée des mois à trente et un jours.

En troisième lieu, la loi 101, *De regulis juris*, enseigne que dans les délais composés de plusieurs mois on doit les faire partie de trente, partie de trente et un jours.

Il paraît qu'en France on ne suivait pas généralement la disposition de ces lois, et qu'à moins de textes exprès on prenait le mois tel qu'il se rencontrait (2). Cependant il y avait diversité d'opinions et conflit dans les arrêts (3). On voit que l'ordonnance de 1675 disait que les *usances* pour le paiement des lettres de change devaient être de

(1) *De arbit. judic.*, lib. 2, cas. 50.

(2) Julien, Statuts de Provence, t. 1, p. 290. Rép., v° Mois, t. 17.

(3) Dunod, Prescript., ch. 2, p. 2.

trente jours, encore bien que le mois eût plus ou moins de jours.

D'après la jurisprudence suivie sous le Code Napoléon, on fixe le mois au nombre de jours déterminé par le calendrier grégorien. C'est ce qui a été jugé par différents arrêts de la Cour de cassation rapportés par M. Merlin (1). Cette jurisprudence trouve un fort appui dans les dispositions du Code de commerce, qui veut qu'en matière d'usances les mois se calculent suivant le calendrier grégorien.

Mais la Cour de cassation reconnaît elle-même qu'il y a des exceptions à cette règle de calcul : c'est lorsque le législateur en a autrement ordonné. Ainsi le Code pénal, art. 40, fixe à trente jours la durée du mois d'emprisonnement.

Ceci posé, il est bien clair que M. Grenier a raison, en thèse générale, lorsqu'il dit que le mois doit être pris tel qu'il se rencontre. Mais je crois que, sur le cas particulier, l'art. 2169 aurait dû lui faire porter une limitation à cette règle. Car l'art. 2183 se réfère nécessairement à l'art. 2169. Le législateur ne pouvait qu'avoir ce dernier article sous les yeux, lorsqu'il traçait les dispositions de l'art. 2183. Ne faut-il donc pas dire que le mois dont il est question dans l'art. 2183 est invariablement fixé, par l'art. 2169, à trente jours (2)?

Mais il faut remarquer qu'on ne doit pas compter, dans le délai de trente jours, celui du commandement ou de la sommation. Indépendamment de tout ce que j'ai dit aux n° 293 et suivants, sur la règle *dies termini non*

(1) Répert., t. 8, v° Mois.

(2) C'est aussi l'opinion de M. Dalloz, Hyp., p. 370, n° 11. — Cette opinion peut s'autoriser aujourd'hui du nouveau texte de l'art. 674 du Code de procédure. Dans l'ancien texte il était dit que si le créancier laisse écouler plus de *trois mois* entre le commandement et la saisie, il sera tenu de réitérer le commandement. Mais aux mots *trois mois*, la loi du 2 juin 1841 a substitué ceux-ci : *quatre-vingt-dix jours*.

computatur in termino, il y a ici une raison de plus ; car notre article se sert de ces expressions : « *Le créancier » fera vendre l'immeuble trente jours après*, » qui sont tout à fait exclusives du jour à quo.

Quant au jour *ad quem*, je pense aussi qu'on ne doit pas le comprendre dans le délai des trente jours. Cela est fondé sur l'art. 1033 du Code de procédure civile, qui décide que le jour de la *signification* et celui de l'*échéance* ne sont jamais compris dans le délai général fixé pour les ajournements, citations, *sommations* (1).

M. Grenier me semble à tort d'opinion contraire (2).

Ainsi, la sommation est faite le 1^{er} février 1827, le tiers détenteur sera encore à temps d'arrêter les poursuites, en faisant la notification le 4 mars.

Au contraire, dans le système de M. Grenier, qui veut qu'on prenne les mois tels qu'ils se rencontrent dans le calendrier grégorien, le tiers détenteur serait forclos s'il laissait passer le 1^{er} mars sans notifier.

Je crois avoir en ma faveur le texte de la loi.

793 *bis*. Au reste, dans ce que j'ai dit, j'ai toujours supposé que la sommation dont parle l'art. 2169 est la même que celle dont il est fait mention dans l'art. 2183, et que les trente jours au bout desquels le créancier peut faire vendre l'immeuble, constituent un seul et même délai avec le mois spécifié dans l'art. 2183 et accordé au tiers détenteur pour purger.

Néanmoins la cour de Nîmes paraît avoir adopté un système contraire. Je ne sais si elle y persiste encore. Du moins, il est certain que, par arrêts des 4 juin 1807 et 6 juillet 1812, elle a décidé que la sommation prescrite par l'art. 2169 n'est pas la même que la sommation prescrite par l'art. 2183 du Code Napoléon ; que celle-ci ne tend qu'à mettre l'acquéreur en demeure de purger, et que ce n'est que lorsqu'il est déchu de ce droit qu'on

(1) M. Battur, t. 3, n° 544. M. Dalloz, Hyp., p. 270, n° 12.

(2) Hyp., t. 2, 98, 99, etc.

peut procéder contre lui, conformément à l'art. 2169; qu'ainsi la sommation de purger doit précéder la sommation de délaisser (1).

Il faut dire que cette opinion n'est pas soutenable. Comment le législateur aurait-il pu songer à faire donner à l'acquéreur une sommation de purger, puisque le purgement des hypothèques est une chose facultative? D'ailleurs, loin qu'il faille avoir fait prononcer nécessairement la déchéance de purger pour procéder par la voie du délaissement, on voit, par l'art. 2183, que la procédure en délaissement se trouve arrêtée et paralysée par les formalités du purgement. Aussi l'opinion de la cour de Nîmes est-elle repoussée par M. Delvincourt (2).

794. La sommation dont parle notre article n'est assujettie à aucune forme d'exception : il suffit qu'elle soit faite par un huissier et qu'elle contienne demande de la part du créancier, requérant et dénommé, de délaisser ou de payer. On y suit les formes ordinaires pour les exploits. Du reste, il n'est nécessaire ni que l'huissier de qui elle émane soit muni d'un pouvoir spécial, ni que l'exploit contienne la copie des titres du créancier re-

(1) Sirey, 7, 2, 704; 13, 2, 259. Dal., Hyp., p. 583.

(2) T. 3, p. 366, note 4; et par la généralité des auteurs. V. MM. Persil, art. 2169, n° 1, Zachariæ, § 294, note 4; Duranton, t. 20, n° 259 et 369; Mourlon, t. 3, p. 533; Chauveau et Carré, Quest. 2198; Bioche, v° Purge, n° 27 et suiv. V. encore *infra*, n° 916. Cet avis est confirmé aussi par la jurisprudence. V. Colmar, 6 décembre 1834, Rec. des arrêts de cette cour, 1834, p. 289. V. encore un arrêt de Paris du 17 février 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. 1, p. 435) qui, en partant de cette idée que la sommation dont s'agit à l'art. 2183 n'est pas différente de celle mentionnée en l'art. 2169, a conclu que pour faire courir le délai de trente jours accordé au tiers détenteur avant toute poursuite en expropriation, il ne suffit pas d'une simple sommation de notifier son contrat d'acquisition (art. 2183), il faut une sommation de payer son prix ou de délaisser l'immeuble vendu. *Sic* Paris, 6 octobre 1842 (*J. Pal.*, 1843, t. 1, p. 59). Angers, 15 novembre 1848 (*J. Pal.*, 1849, t. 2, p. 74).

quérant (1), ni que l'huissier exploitant soit un huissier commis. C'est ce qu'a jugé la Cour de Bourges par arrêt du 4 juillet 1824 (2). La cour de Rouen a même pensé que le visa du maire n'y était pas indispensable, cette formalité n'étant requise par l'art. 673 du Code de procédure civile que pour le commandement à fin de saisie immobilière (3). J'ai dit en effet ci-dessus, avec M. Pigeau, que le commandement prescrit par l'art. 673 est inutile quand on procède à une saisie immobilière sur le tiers détenteur, et que la simple *sommation* dont parle notre article suffit à tout (4).

795. C'est sur le tiers détenteur que se poursuit l'expropriation. Le texte de notre article s'en explique formellement (5).

Il peut en arrêter l'effet en excipant du défaut de commandement fait au débiteur originaire. On conçoit son intérêt à cet égard. Il serait possible que le débiteur satisfît à l'obligation personnelle, et par là les voies de contrainte contre le tiers détenteur auraient pu être évitées.

Il pourrait exciper de la nullité du commandement

(1) V. mon Commentaire de la *Prescription*, t. 2, n° 579. V. aussi, Douai 18 mai 1856 (Dalloz, 37, 2, 172. Sirey, 37, 2, 328); Bordeaux 15 mai 1839 (Dalloz, 39, 2, 263. Sirey, 39, 2, 389); Bourges 17 avril 1839 (Sirey, 39, 2, 449. Dalloz, 40, 2, 56). Et par conséquent, la sommation est valable bien que le créancier ait notifié un titre autre que son titre hypothécaire. Riom, 6 août 1842 (Sirey, 42, 2, 483). V. encore d'autres conséquences, Bordeaux, 8 mai 1832 (Sirey, 33, 2, 62). Paris, 17 janvier 1840 (Sirey, 40, 2, 53).

(2) Dal., 25, 2, 46.

(3) 28 février 1810. S., 11, 2, 243.

(4) N° 790.

(5) M. Grenier, t. 2, p. 101, et cela a été jugé par la Cour de cassation, le 4 janvier 1837 (Sirey, 37, 1, 139. Dalloz, 37, 1, 176). V. aussi Rouen, 28 juillet 1807; Poitiers, 18 janvier 1810. Cass., 26 août 1823, Bordeaux, 8 mai 1832 (Sirey, 25, 1, 51, et 33, 2, 62).

provenant du défaut de la qualité en la *personne de celui qui l'a reçu*. La raison de décider est absolument la même (1).

Mais M. Grenier fait remarquer avec raison que le tiers détenteur ne pourrait exciper d'une pure nullité de forme dans le commandement fait au débiteur. Car la forme de l'acte n'intéresse que ce débiteur seul. Il peut couvrir le défaut de forme par son silence. Le tiers détenteur serait tout à fait non recevable à se prévaloir de ce moyen (2).

795 *bis*. Si la sommation et le commandement étaient abandonnés par le créancier hypothécaire qui les a faits, parce qu'il aurait été désintéressé par le tiers détenteur (3), il ne serait pas nécessaire qu'un autre créancier, qui voudrait agir *ex hypothecâ*, mît une seconde fois le détenteur en demeure de purger par une sommation.

La première sommation non suivie d'effet dans les trente jours qui se sont écoulés ensuite, a suffi pour que le tiers détenteur fût déchu du bénéfice de purger (4). Cette déchéance profite à tous les créanciers inscrits. Car, de même qu'en conservant la faculté de purger au regard du créancier poursuivant, le tiers détenteur est censé la conserver à l'égard de tous les créanciers inscrits, de même, s'il la perd à l'égard du poursuivant, il est censé la perdre à l'égard de tous (5). Or, une fois cette faculté perdue, le tiers détenteur ne peut la recouvrer par l'aban-

(1) Arrêt de Nîmes du 6 juillet 1812. Den., 14, 2, 54. Nancy, 5 mars 1827. Cet arrêt est inédit. V. encore Nîmes, 10 décembre 1850 (*J. Pal.*, 1853, t. 2, p. 219). Cassation, 18 février 1853 (*J. Pal.*, 1853, t. 1, p. 602) et 14 mai 1839 (Sirey, 39, 1, 569). V. cependant Cassation, 23 mars 1841 (Sirey, 41, 1, 444).

(2) T. 2, n° 343.

(3) Exemple. Arrêt de cassation du 30 juillet 1822 (Dalloz, Hyp., p. 381).

(4) Arrêt de Toulouse du 29 juin 1836 (Sirey, 37, 2, 27).

(5) Cassation, 30 juillet 1822 (Dall., Hyp., p. 381), Riom, 31 mai 1817 (*idem*, p. 382). Arg. de l'article 2190 du Code Napoléon.

don des poursuites de la part du créancier plus diligent. Ce désistement ne nuit pas aux droits des autres : d'ailleurs, c'est un désistement de l'instance, de la procédure, et nullement une renonciation à un droit acquis.

Donc, si un second créancier veut reprendre la poursuite, il n'a pas besoin d'une sommation nouvelle. Car l'effet que doit atteindre la sommation est déjà produit.

Seulement un second commandement est nécessaire ; car il ne peut y avoir de procédure en expropriation valable, sans un commandement donné par le poursuivant au débiteur (1).

795 *ter*. Comme notre article dit en général que chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre la chose sur le tiers détenteur, il s'ensuit que la poursuite hypothécaire peut être exercée par tout créancier inscrit, quel que soit son rang. Peu importe qu'il soit le dernier. *Car une hypothèque n'empêche pas l'autre*. Toutefois, un créancier second en hypothèque peut-il agir en délaissement lorsque le créancier premier en hypothèque est le tiers détenteur lui même, et qu'il y a vraisemblance que l'immeuble possédé par ce dernier n'est que l'équivalent de sa créance ? J'examinerai cette question aux n^{os} 804 et 805.

795 *quat*. C'est par la vente par expropriation forcée que se résout la poursuite hypothécaire sur le tiers détenteur. Notre article exclut formellement tout mode d'exécution qui n'aurait pas pour fin la vente aux enchères, cette vente étant le seul moyen de porter l'immeuble à sa plus haute valeur.

Ainsi un créancier premier en hypothèque ne pourrait pas prendre la chose, et la garder pour lui à dire d'experts. Les autres créanciers seraient fondés à exiger la vente aux enchères (2).

(1) M. Grenier, t. 2, p. 103.

(2) *Suprà*, n^o 785.

Cependant il a été jugé, par arrêt du parlement de Paris du 19 janvier 1647, que la demoiselle le Rasle, comme plus ancienne héritière hypothécaire du sieur Ancelot Favin, pouvait prendre à la prisée à dire d'experts un bien appartenant à ce dernier et hypothéqué à d'autres créanciers du sieur Favin, si mieux n'aimaient ces derniers s'engager sous caution à faire adjuger l'immeuble à si haut prix que ladite Rasle fût intégralement payée, déduction faite de tous frais d'expropriation. Henrys (1) cite cet arrêt comme un modèle de sagesse, parce qu'il tend à empêcher que le gage suffisant pour payer en entier le plus ancien créancier ne soit consommé, pour le tout ou pour partie, en frais frustratoires de poursuites. Le même auteur rappelle plusieurs autres arrêts qui ont confirmé cette jurisprudence, laquelle est aussi approuvée par Bretonnier (2).

Mais il est plus que probable que cette jurisprudence ne serait pas suivie aujourd'hui. Elle n'a aucun fondement dans le Code; disons mieux, elle résiste au texte de nos lois, qui nous représentent partout la vente publique comme la fin de l'hypothèque (3). Dans l'état actuel des choses, le créancier premier en rang n'a pas plus que les autres le droit de se mettre en possession : il n'a de préférence que sur le prix.

Il existe plusieurs arrêts qui ont décidé, dans des espèces analogues, qu'un créancier hypothécaire ne peut se prévaloir de la convention qui l'autorisait à faire vendre la chose hypothéquée sans *solennités extérieures* (4).

Cependant si la convention, avisant aux moyens d'abrégier les formalités et d'épargner les frais, permettait une voie plus simple que l'expropriation forcée, mais présentant les mêmes garanties de publicité, il y a lieu

(1) Liv. 4, quest. 30. V. ma préface, p. LXXVIII.

(2) Sur Henrys, *loc. cit.*

(3) Art. 2088, et *infra*, n° 805.

(4) Liège, 3 décembre 1806 (Dal., Nantissement, p. 405). Turin, 21 juillet 1812 (*idem*).

de croire qu'elle devrait être respectée. C'est ce qu'a jugé la cour de Trèves, par arrêt du 15 avril 1813 (1). Beaucoup de notaires, en passant des contrats hypothécaires, y insèrent pour stipulation expresse que le créancier aura droit de faire vendre la chose hypothéquée aux enchères, par-devant un notaire, avec cahier des charges, affiches, et adjudication préparatoire (2) et définitive. C'est ce qui a lieu presque toujours dans le ressort de la cour impériale de Bordeaux (3); mais il est douteux qu'une telle clause pût être opposée à d'autres créanciers inscrits à qui elle n'aurait pas été imposée, et qui n'y auraient pas été partie. Ils pourraient se prévaloir du préjudice que leur cause l'omission de la formalité prescrite par l'art. 695 du Code de procédure civile, qui les appelle à la poursuite en expropriation forcée, et leur permet d'en surveiller la marche pour que l'immeuble soit porté à sa plus haute valeur.

Dans tous les cas, lorsqu'il y a un *tiers détenteur* de l'immeuble hypothéqué, il est certain que tous ces moyens concertés entre le vendeur et ses créanciers ne peuvent lui être opposés, et qu'on ne peut le dépouiller que par la voie de l'*expropriation forcée* (4).

ARTICLE 2170.

Néanmoins le tiers détenteur qui n'est pas personnellement obligé à la dette, peut s'opposer à la

(1) Dal., Hyp., p. 406, n° 3.

(2) La loi du 2 juin 1841, sur les ventes judiciaires, supprime l'adjudication provisoire.

(3) Voir trois arrêts de cette Cour, rapportés par Dalloz, 35, 2, 20, et 35, 2, 62, qui reconnaissent la validité de cette clause. Voir aussi mon Commentaire de la *Vente*, t. 1, n° 77. Il existe, en sens contraire, un arrêt de Lyon du 2 décembre 1835 (Dalloz, 36, 2, 172).

(4) MM. Persil, 2167, n° 13. Delvincourt, t. 3, p. 172, note 1, Dalloz, Hyp., p. 332.

vente de l'héritage hypothéqué qui lui a été transmis, s'il est demeuré d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal ou des principaux obligés, et en requérir la discussion préalable selon la forme réglée au titre du *Cautionnement* : pendant cette discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué.

SOMMAIRE.

- 796. De l'exception de discussion. Son origine. Ancienne jurisprudence. Droit intermédiaire. Code Napoléon.
- 797. Pour demander la discussion, il ne faut pas être débiteur personnel. Cas à cet égard.
- 798. Si les héritiers du débiteur peuvent demander la discussion.
- 799. L'exception de discussion n'a pas lieu contre l'action d'interruption, ni contre l'hypothèque spéciale. *Quid* dans le cas où l'hypothèque a été contractée avec pacte que le créancier ne serait pas soumis à la discussion?
- 800. Pour opposer l'exception, il faut que le débiteur ait en mains d'autres biens hypothéqués à la même créance.
- 800 *bis*. Il faut, outre le principal obligé, discuter les cautions et certificateurs de caution. Dissentiment avec M. Dalloz.
- 801. De la forme de la discussion.
- 802. Pendant la discussion, il est sursis à la poursuite hypothécaire. Exception proposée.
- 802 *bis*. La discussion faite par l'un des créanciers profite aux autres créanciers et nuit aux autres tiers détenteurs.
- 803. Autres exceptions contre la poursuite. Exception pour améliorations. Renvoi.
- 804. Exception tirée de l'hypothèque préférable que le tiers détenteur a sur l'immeuble. Raisons qui doivent la faire rejeter. Caution que le tiers détenteur pourrait cependant exiger.
- 805. Exception tirée de ce que le tiers détenteur aurait payé des créanciers premiers en rang jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble. On ne doit pas l'admettre, malgré Henrys et Bretonier.
- 806. De l'exception de garantie.
- 807. De l'exception *cedendarum actionum*.

COMMENTAIRE.

796. Notre article s'occupe de l'exception de discussion que le tiers détenteur peut opposer au créancier qui le poursuit. Elle a pour but de renvoyer le créancier poursuivant à se faire payer par les débiteurs personnels, avant d'attaquer les possesseurs et tiers détenteurs qui ne sont tenus qu'à cause de la chose. On a pensé que les obligations personnelles, étant plus étroites, doivent être épuisées, avant d'inquiéter ceux qui sont tenus d'un lien moins rigoureux. « Ne tertius possessor, dit Huber (1), ob alienum debitum re possessâ spoliatur. »

Cette exception a son fondement dans la novelle 2 (2) :
» Sed neque ad res debitorum, quæ ab aliis detinentur,
» veniat prius creditor, antequàm transeat viam super
» personalibus contrà mandatores et fidejussores et spon-
» sores; idem enim est dicere, vel si quosdam habuerint
» homines ipsis sibimet obligatos, et qui hypothecariis
» actionibus sibi teneri possint (3). » Sur quoi l'on peut voir Cujas dans son Exposition des nouvelles et dans ses Observations (4).

Toutes les coutumes françaises n'avaient pas été aussi favorables aux tiers détenteurs. Plusieurs avaient rejeté le bénéfice de discussion, telles que Cambray, Perche,

(1) Prælect., sur le D., *De pignorib.*, n° 9.

(2) Par le droit ancien, le créancier paraît n'avoir pas été soumis à l'exception de discussion. Après qu'il avait mis le débiteur en demeure de payer par une sommation, il était maître d'agir à son gré ou le débiteur principal, ou les cautions, ou d'agir sur les hypothèques (L. 24, C., *De pign.*, L. 40, C., *cof.*). Par le droit nouveau, le créancier conserva bien cette élection, mais ce ne fut que tant que le débiteur possédait la chose. Que si le débiteur l'avait aliénée, alors, par la novelle 4, le créancier ne put poursuivre les tiers détenteurs qu'après avoir discuté le débiteur principal et ses cautions (Voët, lib. 20, t. 4, n° 3).

(3) Cap. 2.

(4) Liv. 8, c. 19. Voyez de plus la glose de Godefroy. Despeisses, t. 1, p. 403, n° 5. Voët, liv. 20, t. 4, n° 3.

Auvergne, Marche, Anjou, Dourdan, etc. (1); d'autres ne le rejetaient que pour les rentes constituées avec hypothèque spéciale (2); d'autres au contraire l'avaient admis sans distinction, conformément au droit romain (3), telles que Clermont, Auxerre, Châlons, Sedan.

Néanmoins Loyseau enseigne que le droit commun était qu'il fallait discuter l'obligé principal, et que la nouvelle 4 devait être suivie dans les coutumes muettes, comme étant plus conforme à l'équité (4).

La loi de brumaire an VII avait aboli la discussion (5); cette abolition peut s'expliquer par ce qui se pratiquait dans les pays de nantissement. Loyseau nous apprend que sous l'empire des coutumes de nantissement, le bénéfice de discussion n'avait pas lieu, par la raison que le créancier était considéré comme ayant en quelque manière la possession de la chose, au moyen des formalités requises pour le nantissement. Or, ayant une possession feinte et civile de la chose, on ne pouvait le repousser du droit de suite par l'exception de discussion, l'aliénation faite par le débiteur n'ayant pu le déposséder (6).

Les formalités de l'inscription ont beaucoup de rapport avec celles du nantissement (7). On pouvait les considérer dès lors comme constituant au profit du créancier une sorte de prise de possession qui excluait toute exception dilatoire. Quoi qu'il en soit, le Code Napoléon a rétabli l'exception de discussion (8). Nous

(1) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n° 1.

(2) Orléans, art. 436.

(3) Coquille, Niv., sur l'art. 3 du t. 7. Pothier, sur l'art. 436 d'Orléans, et introd., t. 20, n° 35.

(4) Liv. 3, ch. 8, n° 5 et 6.

(5) Arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1806 (S., 7, 2, 902). Cet arrêt décide que, sous le Code, on ne peut opposer l'exception de discussion à des poursuites commencées sous la loi de brumaire an VII. Grenier, t. 2, p. 56.

(6) L. 3, ch. 8, n° 11. Despeisses, t. 1, p. 404, *secundo*.

(7) *Suprà*, n° 558.

(8) Je reviens là-dessus dans mon Comment. du *Cautionnement*, n° 431. V. aussi *ibid.*, n° 363, 376, 428. Mais je dois dire

allons voir dans quels cas et sous quelles conditions on peut s'en prévaloir.

797. D'abord, celui qui est *personnellement* obligé à la dette ne peut demander la discussion. L'action personnelle, se trouvant jointe à l'hypothèque, produit une obligation *plus prégnante et plus prompte*, comme dit Loyseau (1). De là, la maxime de Barthole : « *Quoties personalis actio cum hypothecaria concurrat, nec divisioni nec discussioni locus est.* »

que le bénéfice de discussion avait été aboli dans les projets de la réforme hypothécaire, comme le délaissement à l'égard duquel je me suis expliqué plus haut (V. la dernière note sous le n° 783). Le projet du gouvernement revenait, à cet égard, au système de la loi de brumaire an VII, et il avait été approuvé, en cette partie, par le conseil d'Etat. Peu importe, disait le rapporteur, que le créancier qui a hypothèque sur l'immeuble vendu ait aussi hypothèque sur d'autres immeubles; l'acquéreur a pu, en achetant, vérifier l'état des inscriptions, savoir quelles créances grevaient l'immeuble par lui acquis; il doit être prêt à remplir ses engagements (V. le rapport de M. Bethmont, p. 117). La Commission législative adopta pleinement ces vues. Pourquoi, disait-elle, forcer le créancier de discuter le débiteur principal? Si ce créancier ne vient pas en ordre utile sur les autres immeubles restés en la possession du débiteur, on l'aura forcé à faire des poursuites frustratoires et des frais qui, en définitive, retomberont à la charge de la masse. Le Code, art. 2170, assimile le tiers détenteur à la caution; mais l'assimilation est inexacte. Le créancier, en contractant avec la caution, sait qu'il n'aura contre elle qu'une action subsidiaire et qu'elle pourra opposer le bénéfice de discussion. S'il ne veut pas être exposé à cette exception dilatoire, c'est à lui d'exiger que la caution renonce au bénéfice de discussion ou s'engage solidairement. Le créancier hypothécaire, au contraire, ne contracte nullement avec le tiers détenteur, et l'aliénation ne doit pas rendre la situation de ce créancier plus mauvaise, en le soumettant à une épreuve à laquelle il ne serait pas astreint, si cette aliénation n'avait pas eu lieu (V. le rapport de M. de Vatimesnil, p. 47 et 48). C'est sur ces considérations qu'était fondée la disposition finale de l'art. 2168 dans le projet préparé pour la troisième lecture, disposition où on lisait : « L'exception de discussion en faveur du tiers détenteur et la faculté de délaissement sont supprimées. »

(1) *Loc. cit.* Junge Favre, C. lib. 2, t. 39, déf. 14. Basnage, C. 14.

Ainsi, si le tiers détenteur avait contracté une obligation personnelle envers le créancier; si par exemple, en vertu d'une clause du contrat d'acquisition acceptée par les créanciers inscrits, il se fût soumis à payer les dettes inscrites, il est certain qu'il ne pourrait opposer l'exception de discussion.

De même, si le détenteur possédait comme acquéreur de droits successifs; si, étant donataire, une clause de la donation le chargeait de l'acquittement des dettes, on ne peut douter qu'il ne fût pas recevable à opposer le bénéfice de discussion.

La Cour de cassation a même décidé que le tiers détenteur qui, hors la présence du créancier, s'était engagé avec le vendeur à servir les rentes hypothéquées sur l'immeuble, était personnellement engagé dans le sens de l'art. 2172, et ne pouvait pas délaisser (1). En appliquant cette décision à l'espèce, on doit dire qu'il ne pourrait pas opposer le bénéfice de discussion, et c'est ce que décide Loyseau (2), par la raison que le vendeur ayant recours contre l'acquéreur, il ne serait pas juste que ce dernier pût demander que celui qui a recours contre lui fût discuté avant lui (3). Favre est du même avis; écoutons-le parler : « Qui emit à debitore eâ »
 » lege ut pretii partem solveret certo pignoratitio cre-
 » ditori, si postea conveniatur hypothecaria, non habet
 » beneficium excussionis. Licet enim ea conventio, tan-
 » quàm inter alios facta, nullum jus *creditori ignorant*
 » » *adquirere potuerit, prodest tamen ad constituendum*
 » emptorem in malâ fide, ne exceptionem possit obji-
 » cere, quæ non tam summo jure nititur quàm æqui-
 » tate (4). »

Mais si le tiers détenteur n'est pas obligé personnelle-

(1) 21 mai 1807. S., 7, 1, 278. Rép., Délaissement.

(2) Liv. 3, ch. 8, n° 14, et ch. 2, n° 6.

(3) Despeisses, t. 1, p. 404.

(4) Code, lib. 8, t. 6, déf. 33. V. cependant *infra*, 813, l'opinion contraire de M. Delvincourt.

ment, il peut opposer la discussion. Dans cette classe sont ceux qui possèdent l'immeuble à titre de vente ou d'échange pur et simple, de donation à titre particulier, de legs particulier. Je reviendrai là-dessus dans mon commentaire sur l'art. 2172.

798. A l'égard de l'héritier du débiteur, on sait qu'il n'est tenu *personnellement* que pour sa part et portion. Ce qui peut faire naître la question de savoir si, ayant payé sa part et portion, il pourrait pour le surplus opposer l'exception de discussion.

Il résulte des principes professés par Loyseau, que l'héritier ne peut en aucun cas délaisser, et que, par conséquent, il ne peut s'opposer à la vente de l'héritage par l'exception de discussion (1).

« Faut-il pareillement observer que cette discussion, » qui a été introduite en faveur du possesseur étranger, » n'a point lieu à l'égard de l'un des héritiers de l'obligé, » qui quant et quant serait détempteur de la chose hypothéquée, bien qu'il offrît de payer, même qu'il eût » payé part à sa portion héréditaire. » Il paraît que cette doctrine était en vogue du temps de Loyseau. C'est de plus celle de Favre (2) et de Despeisses (3).

On la trouve reproduite dans les ouvrages de Pothier (4), ce qui me paraît étonnant : car ce jurisconsulte, d'accord avec Lebrun (5), enseigne formellement, contre l'opinion de Loyseau, que l'héritier qui a acquitté la part de la dette dont il est personnellement tenu, peut, suivant la nature de l'action hypothécaire, se décharger du surplus par l'abandon des immeubles auxquels il a succédé, et qui y sont hypothéqués. Il résulte bien clairement de ces principes, qui sont ceux qu'on doit suivre aujourd'hui, que, pour ce surplus, l'héritier est consi-

(1) Liv. 3, ch. 8, n° 13, et ch. 2, n° 4.

(2) Cod., lib. 8, t. 21, déf. 1.

(3) T. 1, p. 404.

(4) Orléans, t. 20, n° 35, et Hyp.

(5) Success., p. 608, n° 33.

déré comme un véritable tiers détenteur (1) ; de là, la conséquence qu'il peut opposer l'exception de discussion, tout aussi bien qu'un étranger, et renvoyer le créancier à discuter les immeubles de la succession possédés par les autres héritiers ; car s'il est tiers détenteur pour délaisser, alors qu'il a payé sa part, pourquoi ne serait-il pas tiers détenteur pour opposer l'exception de discussion ? C'est l'opinion de M. Chabot (2) et de M. Grenier (3) ; mais M. Dalloz (4) adopte l'opinion contraire. Je lui ferai la même objection que je faisais tout à l'heure à l'opinion de Pothier. Car M. Dalloz admet, comme Pothier, que l'héritier qui a payé sa part et portion est, pour le surplus, un tiers détenteur *non obligé personnellement* (5), qui peut délaisser.

Vainement dit-il que si l'exception de discussion était opposée par les héritiers, ce serait un moyen de renvoyer le créancier de l'un à l'autre. Cela est vrai ; mais ce ne serait qu'à la charge que chacun payât sa part, d'où résulterait que dans un tel circuit le créancier obtiendrait, en fin de compte, son paiement intégral.

799. L'exception de discussion n'a pas lieu contre l'action en déclaration d'hypothèque, ou autrement dite d'interruption (6). Elle n'a d'utilité que pour empêcher la vente forcée.

Elle n'a pas lieu non plus en cas d'hypothèque spéciale, ce que j'expliquerai plus amplement à l'art. 2171.

Quelques-uns ont pensé que l'exception de discussion n'a pas lieu non plus lorsque l'hypothèque a été consti-

(1) C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de cassation du 26 vend. an xi, qui reconnaît à l'héritier le droit de délaisser. Denev., an xi, 1, 8.

(2) Sur l'art. 873 du Code Napoléon.

(3) T. 1, p. 356, n° 173.

(4) Hyp., p. 349, n° 4.

(5) Hyp., p. 432, n° 2.

(6) Loyseau, liv. 3, ch. 8, n° 15. Cassat., 2 mars 1830 (Dal., 30, 1, 149).

tuée à la charge que le créancier ne serait pas tenu à la discussion d'autres biens.

Mais c'est une erreur réfutée par Favre (1). La renonciation du débiteur à la discussion ne peut préjudicier à l'acquéreur qui n'était pas partie à cette renonciation. Nul ne peut renoncer qu'à un droit introduit en sa faveur. Or, le bénéfice de discussion n'a pas été introduit en faveur du débiteur; c'est un secours accordé au tiers détenteur: lui seul peut donc y renoncer (2).

800. Notre article veut que l'exception de discussion ne puisse avoir lieu que lorsque le principal ou les principaux obligés ont dans leur possession d'autres immeubles hypothéqués à la même dette.

Ainsi, deux conditions sont requises pour qu'il y ait lieu à l'exception de discussion.

La première, que les biens sur lesquels on renvoie le créancier à se pourvoir, soient hypothéqués à la même dette que celle qui donne lieu à la poursuite hypothécaire contre le tiers détenteur. Si le débiteur principal n'avait que des biens *non hypothéqués*, on ne pourrait renvoyer le créancier à les faire vendre préalablement. La raison en est que le produit de cette vente ne lui est pas attribué par préférence, et que, ne pouvant y venir que par concours avec les autres créanciers chirographaires, il a bien plus d'intérêt à faire saisir l'immeuble qui lui est affecté, et sur lequel il n'a pas de rivalité à redouter.

La seconde condition est que les biens hypothéqués sur lesquels on renvoie le créancier poursuivant à se venger, soient encore en la possession du débiteur (3);

(1) *De errorib. pragmat.*, error 6, decad. 5.

(2) Loys eau, liv. 3, ch. 8, n° 21, 22. Pothier, Orl., t. 20, n° 35.

(3) Papon, Arrêts, liv. 11, t. 10. Chopin, *De morib. paris.*, lib. 3, t. 2, n° 2. Favre, *De errorib. gram.*, part., 1, decad. 5, error 9. Guyape, quæst. 432. Despeisses, t. 1, p. 404. Pothier, Orléans, t. 20, n° 37.

car s'ils étaient entre les mains d'autres détenteurs, il n'y aurait pas lieu à discussion. Ces autres détenteurs opposeraient à leur tour l'exception dilatoire de discussion, en sorte que le créancier ne trouverait plus personne pour lui répondre.

800 *bis*. Il ne suffit pas de discuter le principal obligé : on doit aussi discuter ses cautions et même le certificateur de la caution, qui se sont obligés hypothécairement à la dette, et qui sont en possession des immeubles grevés de l'hypothèque (1).

C'est ce qu'enseignent Favre (2), Loyseau (3), Despeisses (4); et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la chambre de l'Edit de Castres du 11 septembre 1636, rapporté par ce dernier auteur.

M. Dalloz voudrait que l'on suivît sous le Code Napoléon une opinion différente : il se fonde sur ces mots de notre article : « *dans la possession du principal ou des principaux obligés.* » Or, dit-il, ces expressions ne s'appliquent qu'à des codébiteurs solidaires et non à des fidéjusseurs.

Cette doctrine me paraît inadmissible. La pensée du législateur a été de faire porter les poursuites en premier ordre sur ceux qu'un lien *personnel* rend obligés du créancier, afin d'épuiser les moyens de contrainte sur les débiteurs qui, étant tenus en même temps *hypothécairement et personnellement*, sont plus étroitement engagés que ceux qui ne sont tenus que comme *tiers détenteurs*. C'est en ce sens que la loi entend parler des *principaux obligés*. Elle met les tiers détenteurs en face des obligés personnels et hypothécaires, et elle donne à ceux-ci la qualification d'obligés *principaux*, parce qu'en effet le lien principal, qui est le lien *personnel*, pèse sur eux, tandis

(1) *Auth. hoc si debitor. C. de pignorig.*

(2) C., lib., t. 6, déf. 52.

(3) Liv. 3, ch. 8, nos 6, 7, 8.

(4) T. 1, p. 403, 404.