

Il nous semble que l'argument est une critique de la loi, plutôt qu'une application. Légalement parlant, l'expropriation est la voie la plus favorable; donc les parties n'en peuvent pas choisir une autre. Cette interprétation rigoureuse a été consacrée par la loi française du 2 juin 1841, qui a excité des critiques très-vives. Pourquoi ne pas laisser aux parties la liberté de choisir telles formes qu'elles jugent convenables? Les ventes volontaires avec publicité ne sont-elles pas plus avantageuses que les ventes sur expropriation? Troplong n'a pas tort de critiquer ce formalisme excessif (1). Il faut cependant faire une différence entre les parties pleinement capables et celles qui, comme le débiteur qui donne un immeuble à antichrèse, ne sont point libres. En définitive, le vice est dans la procédure, qu'il faudrait simplifier et surtout rendre moins frayeuse. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, quel est le système de la législation belge.

560. L'article 2088 prohibe les clauses préjudiciables au débiteur, parce qu'il suppose que le débiteur n'était pas libre quand il les a souscrites. Cela implique que la clause a été stipulée lors du nantissement. Quant aux conventions postérieures, la loi ne les prohibe pas; donc elles sont valables, à moins qu'elles n'aient été faites en fraude de la loi. Il a été jugé, en ce sens, que le débiteur pouvait, postérieurement à l'acte de gage, vendre l'immeuble au créancier, ou autoriser celui-ci à le vendre à un tiers, même sans formes. Telle est aussi la doctrine des auteurs (2).

§ II. Droits du créancier à l'égard des tiers.

N° I. LE CRÉANCIER PEUT-IL OPPOSER SON DROIT AUX TIERS?

561. La question de savoir si le créancier antichrésiste peut opposer son droit aux tiers est très-controversée. Il y a des auteurs qui attribuent à l'antichrésiste un droit réel; d'autres, tout en contestant que le créancier ait un droit

(1) Troplong, *Du nantissement*, n° 563.

(2) Duranton, t. XVIII, p. 652, n° 568. Pont, t. II, p. 697, n° 1262. et les arrêts qu'il cite. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 265.

dans l'immeuble antichrésé, admettent qu'il peut opposer aux tiers son droit aux fruits et son droit de rétention. Enfin, dans une troisième opinion, le créancier n'a qu'un droit personnel contre le débiteur; il ne peut donc pas l'opposer aux tiers; cependant Troplong, qui défend cette opinion, reconnaît à l'antichrésiste un droit contre les créanciers chirographaires. La solution de ces difficultés dépend du point de savoir si le créancier a un droit réel, ou s'il n'a qu'un droit personnel: son droit est-il réel, il peut l'opposer à tout tiers: est-il personnel, il ne peut l'opposer à aucun tiers, pas même aux créanciers chirographaires. A notre avis, l'antichrésiste n'a point de droit réel.

562. Le gage est un droit réel. Cela n'est pas dit dans nos textes, parce que le code n'est pas un manuel qui procède par définitions scientifiques. Toutefois la réalité du droit résulte des dispositions du code. Ceci est un point essentiel. Si les textes d'où résulte que le gage est un droit réel sont particuliers au nantissement des meubles, on en doit conclure que le nantissement des immeubles n'est pas un droit réel. Quelles sont donc les dispositions qui établissent implicitement la réalité du droit de gage? L'article 2073, qui définit le droit de gage, a pour conséquence nécessaire que ce droit est réel. En effet, il donne au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui est l'objet du gage par *privilege et préférence aux autres créanciers*. Le privilege est un droit réel, le privilege mobilier aussi bien que le privilege immobilier; donc le gage est un droit réel. C'est parce que le créancier a un droit dans la chose qu'il peut l'opposer aux autres créanciers. Et c'est parce que le gage peut être opposé aux autres créanciers que la loi prescrit des conditions très-rigoureuses dans l'intérêt des tiers: la rédaction d'un acte, l'enregistrement quand l'écrit est sous seing privé, la signification de l'acte au débiteur quand il s'agit d'une créance, les mentions que doit contenir l'acte de nantissement, enfin la mise en possession du créancier gagiste (art. 1274-1276).

Mettons en regard de ces dispositions l'article qui détermine les droits du créancier antichrésiste: « Le créancier n'acquiert par le contrat que la faculté de percevoir les

fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts et sur le capital. » La disposition est conçue en termes restrictifs. C'est comme si la loi disait : Le créancier antichrésiste n'a pas les droits que l'article 2078 accorde directement ou implicitement au créancier gagiste; son seul droit consiste à se payer sur les fruits. Or, le paiement se fait entre créancier et débiteur; donc l'antichrèse ne donne au créancier un droit sur les fruits qu'à l'égard du débiteur. Mais ce mode de paiement ne change rien à la nature de la créance que le débiteur paye en fruits; si elle était chirographaire, elle reste chirographaire. Ce qui prouve que le créancier n'a aucun droit dans la chose qu'il puisse opposer aux tiers, c'est que la loi ne prescrit aucune mesure dans l'intérêt des tiers, ni acte, ni enregistrement, ni déclarations ayant pour objet d'empêcher la fraude au préjudice des tiers. Si le législateur avait voulu accorder au créancier antichrésiste un droit dans la chose, droit opposable aux tiers, ce droit eût été un privilège analogue au privilège du créancier gagiste; dès lors ce privilège aurait dû être rendu public, comme tous les privilèges immobiliers, ou du moins le législateur aurait dû le soumettre à des formes et à des garanties dans l'intérêt des tiers. Il est certain que l'antichrésiste n'a point de privilège. Sur quoi porterait donc son droit réel? Sur les fruits? Ce serait un droit réel dans des objets mobiliers, droit opposable aux tiers, droit assurant à l'antichrésiste une préférence sur les autres créanciers ayant un droit sur les fruits. Ce droit, analogue au gage, ne se comprendrait, dans le système du code, que moyennant des garanties; si elles sont nécessaires pour le gage, elles le seraient aussi pour l'antichrèse. Or, la loi ne prescrit aucune forme, aucune condition dans l'intérêt des tiers. Preuve qu'elle n'a pas entendu que le droit de l'antichrésiste pût leur être opposé.

563. Les principes conduisent à la même conséquence. Qu'est-ce qu'un droit réel? Quels en sont les caractères? C'est un droit dans la chose qui en est grevée. L'antichrésiste a-t-il un droit dans le fonds dont il perçoit les fruits? Aux termes de l'article 2085, il n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble à charge

de les imputer sur les intérêts et le capital de sa créance. Dire que l'antichrésiste a seulement le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, c'est dire qu'il n'a pas de droit dans l'immeuble; ce n'est pas l'immeuble qui est affecté à sa créance, comme le gage est affecté à la créance du créancier gagiste (art. 2078), comme l'immeuble hypothéqué est affecté à l'acquittement d'une obligation (art. 2114). L'antichrésiste n'ayant qu'un droit sur les fruits, son droit est mobilier; tandis que s'il avait un droit dans la chose, son droit serait immobilier, puisqu'il s'exercerait dans un immeuble. Et si le droit de l'antichrésiste était réel, partant immobilier, il pourrait être hypothéqué, et il est bien certain qu'il ne peut pas l'être; donc le droit n'est pas réel. Enfin le droit réel donne le droit de suite, il affecte la chose en quelques mains qu'elle passe. Le créancier antichrésiste a-t-il le droit de suite? Non; donc il n'a pas de droit réel. Ceci est un point capital, et il y faut insister. Tous les droits réels que le code reconnaît comme tels donnent le droit de suite: tel est l'usufruit, telles sont les servitudes foncières (art. 543), tels sont l'hypothèque et le privilège immobilier. Ce caractère du droit réel est de son essence quand il grève un immeuble; car il a pour effet de démembrer l'immeuble, et l'immeuble démembré reste tel dans les mains de tout possesseur. En est-il ainsi de l'immeuble antichrésé? Non; sur ce point, tout le monde est d'accord; l'antichrésiste, loin de pouvoir suivre l'immeuble dans les mains d'un tiers possesseur, perd son droit en perdant la possession de l'immeuble; il perçoit les fruits tant qu'il possède la chose, il cesse de les percevoir quand il cesse de posséder. Destitué du droit de suite, le droit de l'antichrésiste ne peut être un droit réel. On objecte que le créancier gagiste n'a pas non plus le droit de suite; ce qui n'empêche pas son droit d'être réel. Nous répondons que cela tient au principe de l'article 2279. Le propriétaire lui-même n'a pas le droit de suite quand la chose est mobilière: dira-t-on que son droit n'est pas un droit de propriété parce qu'il n'a pas le droit de revendication? A vrai dire, il peut revendiquer; seulement le possesseur de bonne foi peut repousser l'action, en lui opposant sa possession. Il en

est de même de tous ceux qui ont un droit réel sur une chose mobilière; l'usufruitier, lorsque sa jouissance porte sur des meubles, peut exercer son droit sur ces meubles quand un tiers les possède; mais le possesseur, s'il est de bonne foi, peut repousser l'action par l'exception de possession. Il en est de même du créancier gagiste. Le droit réel mobilier est donc armé du droit de suite; seulement le droit de suite devient inefficace quand le possesseur est de bonne foi. Revenons maintenant à l'antichrésiste, et l'on verra que l'objection se retourne contre ceux qui la font. Peut-il suivre l'immeuble antichrésé entre les mains d'un tiers possesseur? Non. Le peut-il quand le tiers est possesseur de mauvaise foi? Non, il n'a jamais le droit de suite; tandis que le créancier gagiste l'a en essence, sauf l'exception résultant de la bonne foi du possesseur. Donc le droit de l'antichrésiste diffère fondamentalement du droit de gage: celui-ci est réel, l'autre ne l'est pas (1).

564. Il y a des objections, et elles sont sérieuses. On oppose la tradition. Pothier dit formellement que le droit d'antichrèse est un droit dans la chose, aussi bien que le droit d'hypothèque; il en conclut que, lorsqu'un créancier a acquis une fois le droit d'antichrèse sur un héritage, le débiteur ne peut plus aliéner l'héritage à qui que ce soit, ni l'hypothéquer à un second créancier, qu'à la charge du droit d'antichrèse du créancier à qui il l'a accordé (2). Nous pourrions répondre que la doctrine de Pothier, en cette matière, n'était pas sans contradicteurs; Duparc-Poullain dit le contraire. La question était donc controversée dans l'ancien droit, et il s'agit de savoir laquelle des deux opinions les auteurs du code ont entendu consacrer. Mais cette réponse n'est guère satisfaisante; pour les auteurs du code, la tradition se résume, en général, dans la doctrine de Pothier: connaissaient-ils le dissentiment de Duparc-Poullain? On en peut douter. Toutefois ce serait exagérer l'autorité de Pothier que de prétendre que son opinion doit être admise comme une interprétation officielle du code

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 91, n° 85, et p. 99, n° 94.

(2) Pothier, *De l'hypothèque*, nos 231 et 232. Comparez Pont, t. II, p. 705, n° 1279.

civil. Quand il s'agit de la tradition, il faut avant tout voir si les auteurs du code l'ont consacrée. Or, il suffit de comparer l'article 2085 avec les paroles de Pothier pour se convaincre qu'il y a une différence radicale entre la loi et le droit ancien, en supposant que la doctrine de Pothier fût celle de l'ancien droit. Le code ne dit pas que l'antichrèse est un droit dans la chose, un droit réel; il le dit de l'hypothèque, et si, comme Pothier, il avait mis les deux droits sur la même ligne, il aurait dû dire de l'antichrèse ce qu'il dit de l'hypothèque; or, les termes restrictifs de l'article 2085 ne permettent pas d'identifier l'antichrèse avec l'hypothèque. Quand on met cet article en regard de l'article 2114, on voit qu'il y a une différence radicale entre les deux droits; d'une part, la loi dit que l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation et qu'elle les suit, dans quelques mains qu'ils passent; d'autre part, elle dit que le créancier antichrésiste n'acquiert que le droit de percevoir les fruits de l'immeuble, il n'est question ni de droit réel ni de droit de suite. Cela nous paraît décisif.

565. Les travaux préparatoires laissent la question indécise. Berlier traite assez longuement des différences qui existent entre l'antichrèse et le gage. Il commence par dire que l'antichrèse est à l'immeuble ce que le gage est au meuble, ce qui semble identifier les deux droits; mais il ajoute immédiatement qu'il y a des différences entre les deux nantissements. Dans le gage, c'est la chose même qui répond de la dette; dans l'antichrèse, c'est sur la perception des fruits que s'exerce le droit du créancier. Cette différence est caractéristique: la chose engagée est grevée, l'immeuble antichrésé ne l'est point. Le droit de l'antichrésiste ne peut donc être un droit réel dans l'immeuble, ce ne pourrait être qu'un droit réel sur les fruits. Berlier ne prononce pas le mot de *droit réel*; son langage est restrictif, comme celui du code. « Le droit de percevoir les fruits, dit-il, combiné avec celui de poursuivre l'expropriation du fonds en cas de non-paiement, donne au créancier tout ce qu'on peut lui attribuer dans un contrat qui ne lui confère ni droit de propriété (car le fonds n'est pas aliéné), ni *droit*

hypothécaire, puisqu'un tel droit ne peut s'acquérir que d'après les formes générales établies par les lois et par une inscription régulière. » Il est certain que l'antichrésiste n'a pas d'hypothèque, mais Berlier semble aller plus loin en disant que le créancier n'a ni *droit de propriété*, ni *droit hypothécaire*. N'est-ce pas dire qu'il n'a aucun droit réel, ni propriété ni démembrement de la propriété? Toutefois nous n'oserions pas affirmer que telle soit la pensée de l'orateur du gouvernement. Dans ce qu'il ajoute, il n'insiste que sur un point, c'est que l'antichrésiste ne peut opposer son droit aux créanciers hypothécaires antérieurs (1); il ne dit rien du conflit entre les créanciers postérieurs et l'antichrésiste, et là est la véritable difficulté.

Le rapporteur du Tribunal établit aussi une comparaison entre le gage et l'antichrèse. D'après lui, le créancier gagiste a un privilège sur la chose même, tandis que l'antichrésiste n'a qu'un privilège sur les fruits. Cela est exact en ce qui concerne le gage; mais, quant à l'antichrèse, Gary fait dire à la loi ce qu'elle ne dit pas (2). L'article 2085 porte que le créancier n'a que le droit de percevoir les fruits, il ne dit pas que le créancier a un privilège sur les fruits; or, les privilèges n'existent qu'en vertu de la loi: pas de texte, pas de privilège. Il faut donc conclure du texte que l'antichrésiste n'a pas de privilège sur les fruits, et il n'a pas de droit dans l'immeuble; dès lors il ne peut être question de droit réel.

566. L'opinion contraire invoque aussi des textes et, avant tout, les articles qui définissent l'antichrèse. Aux termes de l'article 2072, l'antichrèse est le *nantissement* d'une chose immobilière. Or, qu'est-ce que le nantissement? C'est un contrat par lequel le débiteur remet une chose à son créancier *pour sûreté de la dette*. L'antichrèse, de même que le gage, a donc pour but de donner au créancier une sûreté pour le paiement de ce qui lui est dû. En quoi consiste cette sûreté? C'est une sûreté réelle; or, l'immeuble remis en nantissement ne donne de sûreté au créancier

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Loché, t. VIII, p. 100).

(2) Gary, Rapport, n° 24 (Loché, t. VIII, p. 106).

que si celui-ci a un droit dans l'immeuble, droit qu'il puisse opposer aux tiers; donc un droit réel. Que serait la sûreté du créancier si, après avoir donné l'immeuble en antichrèse, le débiteur pouvait l'aliéner et l'hypothéquer avec cet effet que l'acheteur et le créancier hypothécaire auraient le droit d'enlever à l'antichrésiste la possession de la chose et, par suite, la faculté de percevoir les fruits? Pour que l'antichrèse procure une sûreté au créancier, il faut qu'il puisse opposer son droit aux tiers et que ceux-ci soient tenus de le respecter (1).

Il est vrai que la loi qualifie l'antichrèse de nantissement; et elle dit que le nantissement a pour objet de donner une *sûreté* au créancier. Mais l'article 2071 ne dit pas en quoi consiste cette *sûreté*. Il peut y avoir des garanties plus ou moins fortes. Toute garantie réelle donne au créancier un droit de préférence, mais il y a divers degrés de préférence. Le privilège immobilier donne au créancier le droit d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires; le créancier privilégié a donc un double rang de préférence, sur les créanciers chirographaires et sur les créanciers hypothécaires. L'hypothèque, au contraire, ne donne au créancier qu'un seul rang de préférence à l'égard des créanciers chirographaires; il en est de même des privilèges mobiliers, qui, à raison de leur objet, ne peuvent donner au créancier un droit sur les immeubles, ni une préférence à l'égard des créanciers hypothécaires. L'article 2071, en disant que le nantissement donne une sûreté au créancier, ne décide pas la question de savoir en quoi consiste cette sûreté; il n'identifie pas la sûreté que donne le gage avec la sûreté que donne l'antichrèse. Pour savoir en quoi consiste la sûreté du gagiste et de l'antichrésiste, il faut recourir aux textes; or, les textes établissent une différence considérable entre les deux droits. L'article 2073 accorde au créancier gagiste un privilège et une préférence à l'égard des autres créanciers; tandis que l'article 2085 ne parle ni de préférence, ni de privilège. Quand le débiteur ne paye pas, le créancier nanti d'un gage peut faire

(1) Murlon, *Répétitions*, t. III, p. 487, n° 1229.

ordonner en justice que le gage lui demeurera jusqu'à due concurrence; le créancier antichrésiste n'a pas ce droit. Le gagiste peut aussi faire vendre la chose aux enchères, et il sera payé de préférence aux autres créanciers sur le prix provenant de la vente. L'antichrésiste, au contraire, doit poursuivre l'expropriation de son débiteur dans les formes légales, et dans l'ordre qui s'ouvrira, il sera colloqué comme simple créancier chirographaire. Voilà des différences considérables consacrées par les textes; donc, de ce que l'antichrèse est un nantissement, comme le gage, et de ce que le nantissement est une sûreté pour la dette, on ne peut pas induire que l'antichrèse confère un droit réel.

On dit que l'article 2071 prouve au moins une chose, c'est que l'antichrèse est une sûreté; or, dit-on, dans notre opinion, cette prétendue sûreté est dérisoire, puisqu'il appartient au débiteur de l'anéantir, en vendant ou en hypothéquant l'immeuble antichrésé. Sans doute, la sûreté n'est pas une sûreté efficace, comme celle du créancier gagiste, mais on ne peut pas dire que l'antichrèse ne donne aucune sûreté au créancier. Quel en est le but? Le débiteur n'a pas de quoi payer les intérêts et le capital de la dette; il remet au créancier un immeuble en antichrèse, et par là il lui donne un moyen de se payer sur les fruits. Voilà la sûreté que les parties ont en vue; le débiteur donne au créancier un moyen de se payer par la perception des fruits. Cette sûreté doit-elle être étendue plus loin? Le créancier antichrésiste peut-il opposer son droit aux acquéreurs et aux créanciers hypothécaires? Ce serait un droit de préférence; or, l'article 2085 ne donne aucun droit de préférence à l'antichrésiste. C'est donc une sûreté limitée qui n'a d'effet qu'entre les parties contractantes. Sûreté imparfaite, sans doute; mais libre au créancier de stipuler une sûreté plus efficace, en se faisant consentir une hypothèque et, par suite, un droit de préférence.

567. C'est ce que l'article 2091 semble dire : « Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse. Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des privilèges ou hypo-

thèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier. » Il paraît résulter de cette disposition que le créancier antichrésiste, comme tel, ne peut opposer son droit aux tiers, en ce sens qu'il leur soit préféré; il n'a de préférence que s'il a une hypothèque ou un privilège. N'en faut-il pas conclure que l'antichrésiste n'est qu'un créancier chirographaire, c'est-à-dire qu'il n'a qu'un droit personnel contre le débiteur?

C'est en ce sens que l'article 2091 est interprété par les partisans de l'opinion que nous soutenons. Delvincourt dit que cette disposition signifie que l'antichrèse n'empêche pas l'exercice des droits réels constitués même postérieurement. Si elle avait seulement pour objet, dit-on, de décider que l'antichrèse ne préjudicie point aux droits que des tiers pouvaient avoir acquis sur l'immeuble au moment où elle est constituée, l'article serait inutile et il n'aurait point de sens; car il allait de soi que l'antichrèse ne peut pas enlever un droit acquis aux créanciers antérieurs, l'antichrésiste devant prendre l'immeuble dans l'état où il se trouve, démembré par les hypothèques. Pour donner un sens à l'article 2091, il faut l'appliquer même aux hypothèques que des tiers acquerraient sur l'immeuble depuis la constitution de l'antichrèse. Ce qui aboutit à dire que l'antichrésiste ne peut opposer son droit aux créanciers antérieurs ni aux créanciers postérieurs; partant, il n'a pas de droit réel, il n'a de droit que contre la personne de son débiteur (1).

L'interprétation que l'on donne à l'article 2091 nous paraît douteuse. Elle revient à dire que cette disposition serait inutile si on la limitait aux droits réels établis sur l'immeuble avant la constitution de l'antichrèse. Ce n'est pas là un argument décisif. Il y a bien des dispositions dans le code qui sont inutiles, en ce sens qu'elles ne font qu'appliquer des principes, et que ces applications allaient de soi. Ce n'est pas une raison pour leur donner une signification que le législateur n'a pas eue en vue. Il faut donc

(1) Delvincourt, t. III, p. 444, notes 2 et 3. T. oplong, *Du nantissement*, n° 178. Bastia, 9 mai 1838 (Daloz, au mot *Nantissement*, n° 241).

voir ce que le législateur a voulu. Or, l'orateur du gouvernement et le rapporteur du Tribunal sont d'accord sur ce point : l'un et l'autre, en exposant les motifs de l'article 2091, supposent que l'antichrésiste se trouve en conflit avec des créanciers antérieurs à l'acte de nantissement. Berlier compare le gagiste avec l'antichrésiste : le premier, dit-il, est préféré à *tous autres*, même plus anciens que lui, parce que le meuble est sorti de la possession du débiteur, et que les meubles n'ont pas de suite par hypothèque, en droit français. « Dans l'antichrèse, au contraire, si l'expropriation est poursuivie, soit par le détenteur de l'immeuble, soit par tout autre créancier, le nantissement de l'immeuble n'établira ni privilège ni hypothèque. » Cela est un peu vague, mais ce qui suit précise le sens de ce que Berlier a voulu dire : « Le créancier simplement nanti à titre d'antichrèse ne pourrait raisonnablement prétendre qu'un tel acte *effaçât les titres des tiers*, et lui donnât sur eux une prééminence qui deviendrait subversive de l'ordre social. » En quel sens l'ordre social est-il en cause? En ce sens que les droits acquis doivent être maintenus, sinon il n'y a plus de sécurité dans les relations civiles. C'est ce que dit l'orateur du gouvernement : « L'antichrèse ne saurait donc prévaloir sur les droits hypothécaires *acquis* par des tiers, ni même concourir avec eux; mais si le créancier nanti est lui-même créancier hypothécaire et inscrit, il exercera ses droits à son ordre et comme tout autre créancier. »

Ainsi, d'après l'Exposé des motifs, l'article 2091 dit précisément la chose qui allait de soi, comme disent Delvincourt et Troplong; il ne décide donc pas notre question. Le rapporteur du Tribunal donne la même explication. En induira-t-on que l'antichrésiste peut opposer son droit aux créanciers postérieurs à l'acte de nantissement? Les orateurs du gouvernement et du Tribunal ne disent pas cela; pour leur faire dire, il faudrait argumenter du silence qu'ils gardent quant aux droits postérieurs. Or, si l'argumentation *a contrario* est chanceuse quand il s'agit d'interpréter un texte de loi, elle l'est encore davantage quand on veut expliquer un de ces discours officiels

qui ne font que paraphraser le texte. La question que nous discutons soulève des difficultés sérieuses, quand il y a conflit entre le créancier antichrésiste et des créanciers hypothécaires postérieurs. Si les auteurs du code avaient entendu que le créancier antichrésiste fût préféré aux créanciers postérieurs, ils auraient discuté la question et répondu aux objections; peut-on dire qu'ils ont décidé un point si difficile en gardant le silence? Cela n'est pas admissible. Nous reviendrons plus loin sur ces difficultés.

568. La législation française fournit un argument spécieux à la doctrine que nous combattons. D'après la loi du 23 mars 1855, l'acte d'antichrèse doit être transcrit. Or, si le droit que confère l'antichrèse n'était point opposable aux tiers qui requièrent des droits sur l'immeuble antichrésé, dans quel but l'aurait-on soumis à la publicité? La loi voulant que l'antichrèse soit rendue publique, on doit admettre que celle-ci engendre un droit réel (1). Cet argument, que l'on considère comme décisif, n'a pas convaincu la cour de Paris. La loi, dit-elle, en ordonnant la publicité de certaines conventions dont la connaissance peut intéresser les tiers, n'a pas entendu altérer les effets légaux de ces conventions, et spécialement de l'antichrèse, dont elle a prescrit la transcription dans l'intérêt des tiers. Cette loi ne déroge pas au code civil; or, sous l'empire du code, il y avait controverse sur le point de savoir si l'antichrésiste pouvait opposer son droit aux créanciers postérieurs; il convenait donc de rendre ce droit public, en supposant que le créancier pût l'opposer à ceux qui traiteraient avec le propriétaire de l'immeuble (2).

Il y aurait encore bien des choses à répondre à l'objection : nous n'y insistons pas parce que la loi belge sur la transcription ne mentionne pas l'antichrèse parmi les droits qui doivent être transcrits. Le rapport de la commission qui a préparé la loi hypothécaire en donne le motif : c'est que l'antichrèse ne constitue qu'un droit mobilier et qu'elle ne peut nuire en aucun cas aux acquéreurs d'immeubles ni

(1) Mourlon, *Répétitions*, t III, p. 488, n° 1230.

(2) Paris, 2 août 1871 (Daloz, 1871. 2, 193).

aux créanciers hypothécaires (1). Ce rapport non plus ne préjuge rien, il n'y a que les décisions législatives qui aient force de loi; mais c'est du moins une autorité qui atteste quelle est l'opinion générale en Belgique (2).

NO 2. LE CRÉANCIER PEUT-IL OPPOSER SON DROIT AUX TIERS?

569. Il y a une autre opinion concernant la nature de l'antichrèse et les droits du créancier. Aubry et Rau l'ont nettement formulée. Ils admettent que le créancier peut opposer son droit aux tiers, mais ils nient que ce droit soit un droit réel: c'est, disent-ils, compromettre une bonne cause par un mauvais argument (3). Par contre, ceux qui soutiennent la réalité du droit disent que les éditeurs de Zachariæ se trompent (4). Ce dissentiment profond qui divise l'opinion que nous combattons ne témoigne pas en sa faveur. C'est ne rien dire que d'affirmer que le créancier antichrésiste a un droit contre les tiers; tout dépend du motif de décider. Et, sur ce point essentiel, le désaccord est absolu: ce que les uns considèrent comme une vérité, les autres le taxent d'erreur. A notre avis, les deux opinions se détruisent l'une l'autre: les uns ont raison de dire que l'antichrèse n'est pas un droit réel, et les autres ont raison de dire que l'antichrésiste ne peut pas opposer son droit aux tiers.

Voyons d'abord en quel sens on admet que le créancier antichrésiste peut opposer aux tiers les droits que lui donne le nantissement. Quels sont les droits du créancier? Il a le droit de rétention et de jouissance; ce dernier est subordonné au premier, puisque le droit aux fruits ne se conçoit pas sans la possession. Le créancier, dit-on, peut faire valoir les droits de rétention et de jouissance contre le tiers qui acquerrait l'immeuble postérieurement à l'acte d'antichrèse, de même que contre les créanciers hypothécaires

(1) Rapport, dans Parent, *Documents*, p. 15.

(2) Comparez Martou, *Commentaire sur la loi hypothécaire*, t. I, p. 51, n° 34.

(3) Aubry et Rau, t. IV, p. 718, note 9, § 438.

(4) Pont, t. II, p. 704, n° 1278.

dont les hypothèques ne sont devenues efficaces que postérieurement à l'établissement de l'antichrèse; enfin, il peut opposer ses droits aux créanciers chirographaires. Voici l'intérêt du débat: les tiers ne peuvent pas contraindre le créancier antichrésiste à délaisser l'immeuble avant de l'avoir complètement désintéressé, et ils ne peuvent pas saisir les fruits à son préjudice.

570. Ces conséquences sont très-naturelles et très-logiques quand on admet la réalité du droit d'antichrèse. Mais dans l'opinion que nous exposons, le droit de l'antichrésiste n'est point réel; il est donc personnel, c'est-à-dire qu'il a un droit de créance contre le débiteur qui lui a remis l'immeuble en antichrèse. En vertu de quel principe le créancier peut-il opposer un droit de créance à des tiers? On répond que c'est une application du principe en vertu duquel nous ne pouvons transférer à d'autres plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Il est bien certain que le principe par lui-même est insuffisant pour expliquer et justifier l'opinion qui autorise l'antichrésiste à opposer son droit de créance aux tiers. Le débiteur reste propriétaire, après avoir donné l'immeuble en antichrèse; il peut donc ce vendre et le grever d'hypothèques. Quand l'acquéreur ou le créancier hypothécaire viendront exercer leurs droits sur l'immeuble, l'antichrésiste pourra-t-il les repousser en leur opposant son droit personnel de rétention et de jouissance? Le demandeur répondrait: « C'est précisément parce que votre droit est un droit de créance que vous ne pouvez pas me l'opposer, car moi je n'ai contracté aucune obligation envers vous, et celle que votre débiteur a contractée m'est étrangère; je ne suis pas lié par un contrat où je n'ai pas figuré. Vainement me direz-vous que je suis l'ayant cause de votre débiteur; sans doute, mais, comme tel, je ne suis pas tenu des obligations que mon auteur a contractées, je ne suis tenu que de respecter les droits réels qui résultent des contrats qu'il a consentis. Or, votre droit n'est pas réel; donc vous ne pouvez me l'opposer, vous n'avez d'action que contre votre débiteur. »

Cela est élémentaire, et les excellents jurisconsultes que nous combattons l'ont parfaitement compris; aussi ont-ils

soin d'ajouter qu'ils invoquent la maxime *Nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*, dans le sens et avec l'étendue qu'elle a en droit français (1). Qu'est-ce à dire, et où est-il écrit que ladite maxime a un autre sens en droit français que celui qu'elle a toujours eu, sens qui résulte de la nature même de la maxime? Nous ne connaissons qu'un article du code qui, d'après certains auteurs, notamment Aubry et Rau, donnerait à cette maxime une étendue qu'elle n'avait point en droit romain, ni dans l'ancienne jurisprudence française, c'est l'article 1743. Le bailleur vend la chose louée : l'acquéreur est-il lié par le bail, ou peut-il expulser le preneur? Dans l'ancien droit, on décidait que le bail ne liait pas l'acquéreur, qu'il n'en résultait qu'un droit de créance du preneur contre le bailleur, droit que le preneur ne pouvait opposer à l'acquéreur, étranger au bail. Qu'importe que le bailleur se soit obligé envers le preneur? C'est là une obligation personnelle qui ne donne au preneur aucun droit dans la chose; le bailleur est tenu de l'engagement qu'il a contracté, l'acquéreur n'en est pas tenu. Voilà les vrais principes, tels que Pothier les établit. Le code y a dérogé. La disposition de l'article 1743 est donc une exception, c'est une véritable anomalie. Quel est le motif pour lequel le législateur a donné effet au bail contre l'acquéreur? Nous l'avons exposé au titre du *Bail* : c'est l'intérêt général, et surtout l'intérêt de l'agriculture. Il y a une autre explication; on prétend que la loi a appliqué au droit de bail la maxime qui ne nous permet pas de transférer à d'autres plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Cette explication est très-contestable. Mais quand même on l'admettrait, tout ce que l'on en pourrait conclure, c'est que, par exception, le législateur a étendu à un droit de créance un principe qui n'avait jamais été appliqué qu'aux droits réels. Donc ce serait toujours une extension exceptionnelle de la maxime. Cela est décisif contre ceux qui l'invoquent, puisque les exceptions ne s'étendent pas. Nulle part le code ne dit que la maxime traditionnelle a, en droit français,

(1) Comparez Duranton, t. XVIII, p. 642, n° 560.

un sens différent de celui qu'elle avait en droit romain et dans notre ancien droit. Si l'article 1743 lui a donné une extension exceptionnelle, en déduira-t-on que cette exception, véritable anomalie, va devenir la règle? Ce serait très-mal raisonner. Au législateur seul il appartient de changer la nature des principes; l'interprète doit les maintenir, sauf à respecter les dérogations que la loi y apporte; il n'a pas le droit de transformer l'exception en règle.

571. On insiste, et l'on dit que si l'antichrésiste ne peut opposer son droit à ceux qui, postérieurement à l'acte, achètent l'immeuble ou stipulent un droit réel, il dépendra du débiteur d'anéantir les effets de l'antichrèse. Or, dit-on, d'après les termes formels de l'article 2087, le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de sa dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse; c'est dire que le débiteur ne peut pas déposséder le créancier; s'il ne le peut pas directement, il ne le peut pas non plus en vendant l'immeuble ou en l'hypothéquant. En vertu du contrat de nantissement, le débiteur est privé de la jouissance de la chose qu'il a donnée en paiement à son créancier; il ne peut la reprendre qu'en lui offrant un autre paiement. Il peut, sans doute, aliéner le fonds antichrésé et le grever d'hypothèques, mais il ne le peut que sous la même condition, c'est-à-dire que l'acquéreur et le créancier hypothécaire ne pourront déposséder le créancier qu'en le payant entièrement. Proudhon, qui développe longuement cette argumentation, termine en disant que le droit de rétention dont jouit le créancier antichrésiste produit un *privilege* aussi efficace que celui qui résulte de l'hypothèque, quoiqu'il ne s'opère pas de la même manière (1).

Au fond, cette argumentation n'est qu'une paraphrase de la maxime traditionnelle qui est la base de l'opinion que nous combattons. Proudhon, si sagace et si subtil, ne s'est pas aperçu que son raisonnement suppose ce qu'il fal-

(1) Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, p. 95, n° 90; p. 97, nos 92 et 93; p. 101, n° 96.

laît démontrer, c'est-à-dire que l'acquéreur et le créancier hypothécaire doivent respecter un droit de créance. La conclusion à laquelle il arrive témoigne contre le principe d'où elle découle. On veut que le créancier antichrésiste ait un *privilege*, c'est-à-dire un droit de préférence aussi efficace que le droit hypothécaire, et cependant le droit de rétention n'est accordé, en matière de gage, que contre le débiteur, il n'est pas accordé contre les tiers. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur le gage (nos 501 et 502). Quand la loi accorde un *privilege* en matière de nantissement, elle a soin de prescrire des conditions et des formalités pour sauvegarder les intérêts des tiers. Le droit de rétention du gagiste n'est pas soumis à ces conditions et à ces formes, parce que le créancier ne peut l'opposer qu'au débiteur, les tiers sont donc hors de cause. C'est dans le même esprit que la loi accorde le droit de rétention au créancier antichrésiste. Aussi ne prescrit-elle aucune condition, aucune formalité dans l'intérêt des tiers. Et cependant ce droit de rétention conférerait un *privilege* à l'antichrésiste! Cette doctrine est un tissu de contradictions. Elle assimile l'antichrèse au gage, et elle donne à l'antichrésiste un droit dont le gagiste ne jouit pas, le droit de rétention contre les tiers. Elle donne à l'antichrésiste un *privilege* ou une préférence, sous le nom de droit de rétention, alors que l'article 2085 refuse implicitement à l'antichrésiste tout *privilege* et toute préférence. Le gagiste ne jouit de son *privilege* qu'à la charge de remplir les formalités et les conditions prescrites par la loi, et l'antichrésiste, qui n'a certes pas un droit plus fort, aurait un *privilege* sans condition aucune. On objecte que notre opinion sacrifie le droit de l'antichrésiste aux tiers. Nous rétorquons le reproche : l'opinion que nous combattons sacrifie le droit des tiers à celui de l'antichrésiste, et ce reproche est bien plus grave, car l'intérêt des tiers, c'est l'intérêt général, et l'intérêt de tous l'emporte sur l'intérêt d'un seul. Pour mieux dire, ce sont des droits qui sont en conflit avec l'intérêt de l'antichrésiste, car celui-ci n'a pas de droit dans la chose, il n'a qu'une créance contre le débiteur, tandis que les tiers ont un droit dans la chose, comme acquéreurs ou

comme créanciers hypothécaires. Cela est décisif; le droit des tiers prime l'intérêt de l'antichrésiste, qui est sans droit à leur égard.

572. Duranton fait encore valoir un autre argument. L'article 2085 veut que l'antichrèse soit établie par écrit. La raison n'en peut être, dit-il, que parce que le créancier peut opposer son droit aux tiers (1). Nous demanderons quelle garantie l'écrit offre aux tiers. Quand il s'agit du *privilege* du créancier gagiste, la loi ne se contente pas d'un écrit, elle veut un acte authentique ou un acte sous seing privé enregistré, elle prescrit les déclarations que doit contenir cet acte. Si la loi avait entendu donner effet à l'antichrèse contre les tiers, elle aurait organisé un système quelconque de garanties, en leur faveur, et l'écrit seul n'est certes pas une garantie. L'argument se tourne donc contre ceux qui l'invoquent.

573. La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous avons cru devoir combattre; l'arrêt, rendu au rapport de Laborie, est rédigé avec beaucoup de soin (2). Toutefois il ne fait que reproduire, parfois textuellement, l'argumentation de Proudhon; nous y avons donc répondu d'avance.

NO 3. CONSÉQUENCES.

574. Il y a un point qui n'est pas douteux, c'est que le créancier antichrésiste ne peut opposer son droit aux tiers qui, avant l'acte de nantissement, avaient acquis un droit dans l'immeuble, soit à titre d'acquéreurs, soit à titre de créanciers hypothécaires. L'article 2091 le dit, et l'orateur du gouvernement ainsi que le rapporteur du Tribunal formulent ce principe avec une grande énergie : ce serait, disent-ils, bouleverser les relations sociales que de porter atteinte à des droits acquis dans l'immeuble. Ici c'est le cas d'invoquer la maxime si souvent citée dans ce débat, que le propriétaire qui a aliéné le fonds ou qui l'a hypothéqué ou grevé de tout autre droit réel ne peut plus

(1) Duranton, t. XVIII, p. 647, n° 560.

(2) Cassation, 31 mars 1851 (Daloz, 1851, 1, 65).