

moment où la demande, et, à défaut de la demande, le jugement a été rendu public; et s'il a été propriétaire, il a pu valablement faire tout acte de propriété; la loi respecte les aliénations et les hypothèques qu'il a consenties, à plus forte raison doit-elle respecter les baux. Faudra-t-il que les baux aient été transcrits? Non, à notre avis, parce que la loi ne l'exige pas. On ne peut pas invoquer l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, car cette disposition suppose qu'il s'agit d'un bail que le preneur veut opposer aux ayants cause du bailleur, tiers acquéreurs ou créanciers hypothécaires; tandis que, dans l'espèce, il s'agit de la validité d'un bail consenti par un propriétaire dont le droit est ensuite révoqué. Tout ce que l'on peut exiger, d'après les principes généraux, c'est que le preneur établisse que son bail a date certaine antérieure à l'inscription de la demande. Il va de soi, du reste, que le bail doit avoir été fait de bonne foi; la fraude fait toujours exception (1).

234. L'application de l'article 4 donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. On suppose que la demande n'a pas été inscrite; avant l'inscription du jugement, un tiers stipule une hypothèque sur l'immeuble et l'inscrit. Cette hypothèque pourra-t-elle être opposée au propriétaire si le tiers avait connaissance du jugement non rendu public? La même question se présente pour le bail et pour les droits réels consentis par le propriétaire dont le droit est révoqué. Il s'agit de savoir si la disposition de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, concernant la fraude, doit être appliquée à l'article 4. La solution de la question dépend du caractère de cette disposition: est-ce l'application d'un principe général, il va de soi qu'on doit l'appliquer au cas prévu par l'article 4: est-ce, au contraire, une exception, il faut la restreindre aux actes translatifs et déclaratifs de droits réels immobiliers, pour lesquels elle a été portée. Ajoutons que, dans l'examen de cette difficulté, l'interprète doit s'enquérir de l'intention du législateur, et non de la théorie qu'il peut préférer à celle de la loi. Ainsi posée, la question n'en est plus une. L'article 1^{er} dit que

(1) Comparez Martou, *Commentaire*, t. I, p. 180, n° 168.

les actes non transcrits ne peuvent être opposés aux tiers qui auraient contracté *sans fraude*. Le mot *fraude* révèle la pensée du législateur; il considère le tiers qui achète un immeuble, alors qu'il sait que le vendeur l'a déjà vendu à un premier acquéreur, comme étant de mauvaise foi, et, par suite, il décide qu'on peut lui opposer l'exception de dol. Or, cette exception est de droit commun; c'est un vieil adage que la fraude fait toujours exception. Vainement dit-on qu'il n'y a, dans l'espèce, ni dol ni fraude; cela serait vrai, qu'il n'en faudrait pas moins décider qu'il y a fraude légale, c'est-à-dire que le législateur admet qu'il y a fraude; ce qui tranche la difficulté. Qu'importe que le code civil admette le contraire dans l'article 1071? C'est plutôt cette disposition qui a un caractère exceptionnel, et cela s'explique par la défaveur qui frappe les substitutions; alors même que le législateur les autorise, il préfère les droits des tiers, qui se confondent avec l'intérêt général, à l'intérêt des substitués. Quoi qu'il en soit, la loi hypothécaire ne doit pas être interprétée par le code civil, on doit l'interpréter par elle-même. Or, il y aurait une contradiction choquante, inexplicable, à repousser les tiers de mauvaise foi dans l'article 1^{er} et à les protéger dans l'article 4; le législateur peut-il jamais donner son appui à ceux qu'il considère comme coupables de fraude (1)?

§ II. De la cession de créances hypothécaires ou privilégiées.

NO I. QUELLES CESSIONS DOIVENT ÊTRE RENDUES PUBLIQUES?

235. La loi hypothécaire (art. 5) soumet à la publicité la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée, en ce sens qu'elle ne pourra être opposée aux tiers que si elle a été rendue publique. C'est une dérogation au code civil. L'article 1690 porte que le cessionnaire n'est saisi, à

(1) En sens contraire, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 181, n° 172. Comparez Casier, *Etudes*, p. 83, n° 84, et Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 89, n° 170.

l'égard des *tiers*, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation que celui-ci fait de la cession dans un acte authentique. Le code établissait donc une condition dans l'intérêt des tiers, dérogeant en cela au principe qu'il consacre sur la translation de la propriété. En règle générale, la propriété se transfère, entre les parties et à l'égard des tiers, par le seul effet du contrat, indépendamment de toute tradition et de toute formalité extérieure. Il en est tout autrement du transport des créances; entre les parties, la cession est parfaite par le concours de consentement, tandis que, à l'égard des tiers, elle n'existe que lorsqu'elle a été signifiée au débiteur ou acceptée par lui. La signification ou l'acceptation est une espèce de publicité prescrite dans l'intérêt des tiers; il faut un acte authentique, c'est-à-dire public; les tiers qui ont intérêt à connaître la cession peuvent s'adresser au débiteur, lequel, dans ce système, fait, en quelque sorte, fonction d'un officier public. C'est à dessein que nous employons des expressions peu juridiques pour définir le principe consacré par le code Napoléon en matière de transport de créances; c'est une publicité très-insuffisante, pour mieux dire, la cession reste clandestine, car la loi ne charge pas le débiteur de renseigner les tiers; et le débiteur, après tout, n'est pas tenu de répondre aux tiers qui le consultent; et s'il leur répond, et qu'il ne dise pas la vérité, où sera leur garantie? La signification ou l'acceptation n'était efficace qu'à l'égard du débiteur, averti du transport par un acte authentique; mais un second cessionnaire, de même que les créanciers du cédant pouvaient très-bien ignorer la cession. La formalité prescrite par le code civil avait donc tous les inconvénients de la clandestinité: un second cessionnaire pouvait être trompé par le cédant en achetant une créance déjà cédée.

La loi nouvelle a pour but de garantir les intérêts des tiers, en remplaçant la clandestinité par la publicité; mais elle ne prescrit la publicité que pour les droits réels, et il faut de plus que ces droits soient immobiliers; quant aux transactions mobilières, elles restent sous l'empire du code civil. Voilà pourquoi la loi hypothécaire limite l'innovation

aux créances qui sont garanties par une hypothèque ou un privilège; les créances non hypothécaires ni privilégiées ne sont pas soumises au principe de publicité; ce sont des droits purement mobiliers et personnels, dont la loi nouvelle ne s'occupe point. Il est vrai que, quoique garantie par une hypothèque ou un privilège, la créance reste un droit mobilier; mais, comme la cession comprend les privilèges et hypothèques attachés à la créance, il en résulte que le transport d'un droit mobilier implique transport d'un droit réel immobilier; en effet, d'après l'article 1^{er} de notre loi, les privilèges et hypothèques sont des droits réels immobiliers, comme nous le dirons au chapitre des *Hypothèques*. La loi nouvelle pouvait donc et elle devait s'occuper du transport des créances, privilégiées ou hypothécaires.

Pourquoi soumet-elle à la publicité la cession de ces créances? Il importe de constater les motifs de la dérogation que la loi nouvelle apporte au code civil, parce qu'ils nous serviront à en préciser le sens et la portée. La commission spéciale dit que de bonnes lois doivent offrir des armes contre la fraude. Si le créancier qui vend sa créance en conserve le titre, il peut facilement la vendre à un second cessionnaire; celui-ci doit croire que son cédant est encore propriétaire de la créance, puisqu'il a le titre en main et que l'inscription hypothécaire subsiste; il achètera donc une créance déjà cédée, et il sera trompé par la clandestinité de la première cession: la publicité le met à l'abri de cette fraude. La commission du sénat dit aussi, dans son rapport, qu'il importe de rendre la cession publique pour empêcher le créancier primitif de céder une seconde fois un droit qui ne serait plus le sien (1). Enfin les auteurs reproduisent ce même motif (2). Il n'est pas question, dans les travaux préparatoires, des autres tiers. Quant au débiteur, la publicité est inutile, puisqu'il doit être directement averti par la signification. Restent les tiers créanciers; la formalité prescrite par le code civil ne leur faisait pas connaître

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 15). Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 401).

(2) Cloes, *Commentaire*, t. 1, p. 100, n° 191.

l'existence de la cession; ils étaient donc induits en erreur et trompés quand, sur la foi d'une inscription hypothécaire, ils traitaient avec le créancier apparent après qu'il avait cessé d'être propriétaire de la créance. La publicité établie par la loi nouvelle leur profite aussi. Toutefois ils ne sont pas mentionnés dans les rapports des commissions, et les auteurs n'en parlent pas. Nous dirons plus loin à quelles difficultés la loi donne lieu en ce qui concerne les créanciers.

236. L'article 5 prescrit la publicité, non-seulement pour la *cession* d'une créance privilégiée ou hypothécaire, mais aussi pour la *subrogation* à un droit semblable. Il y a des différences essentielles entre la subrogation et la cession; nous les avons signalées au titre des *Obligations*. Ces différences sont étrangères aux tiers. Le subrogé exerce les privilèges et hypothèques attachés à la créance, aussi bien que le cessionnaire, et la subrogation prête encore plus à la fraude que la cession; le législateur l'a prévu, c'est la raison des conditions rigoureuses qu'il exige pour la subrogation consentie par le débiteur. Mais, par un étrange oubli, le code civil n'exige pas même que le subrogé notifie la subrogation au débiteur. Cela prouve combien les idées de publicité sont étrangères aux auteurs du code Napoléon. La loi nouvelle a raison de mettre la subrogation sur la même ligne que la cession, puisqu'elle produit les mêmes effets à l'égard des tiers.

L'article 5 donne lieu à une difficulté. On demande s'il reçoit son application à la subrogation légale. La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative (1). Au premier abord, le texte semble décider la question; la loi parle de la subrogation en termes généraux; elle comprend donc les deux cas de subrogation, la subrogation légale aussi bien que la subrogation conventionnelle; et n'est-il pas de principe que, lorsque la loi ne distingue pas, il n'est pas permis d'y introduire des distinctions? L'argument serait décisif si, au point de vue de la publicité, il n'y avait une

(1) Bruxelles, 22 février 1868 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 97). Comparez Rejet, 8 mai 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 260), et Bruxelles, 2 février 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 89).

différence entre les deux subrogations. La publicité prescrite par la loi hypothécaire suppose qu'il y a un *acte* passé par les parties qui doit être rendu public. Quand il s'agit de la transcription, cela est certain; le conservateur ne peut pas copier un acte qui n'existe point; voilà pourquoi il n'y a pas lieu à transcription quand la transmission de la propriété s'opère en vertu de la loi (n° 36). N'en faut-il pas dire autant de la transmission d'un droit réel immobilier? Les deux cas sont identiques, à ce point que, logiquement, la cession d'une créance hypothécaire ou privilégiée aurait dû être transcrite (n° 239). Donc on doit appliquer à la subrogation légale ce que nous avons dit de la transmission de la propriété par la loi.

La doctrine consacrée par la jurisprudence soulève encore un autre doute. Comment se fait la publicité quand il n'y a pas d'acte à copier ou à inscrire? C'est la subrogation qui devrait être rendue publique, de même que la cession. Mais la cession est toujours conventionnelle; ce que la loi dit de la cession suppose qu'il y a une convention (art. 84 et 83, 3°); on peut appliquer la loi à la subrogation conventionnelle; mais, en l'étendant à la subrogation légale, on étend la loi à un cas qu'elle ne prévoit pas. N'est-ce pas faire la loi? C'est bien notre avis.

La loi aurait pu et dû organiser une publicité pour la subrogation légale, comme elle le fait de l'hypothèque légale, mais elle ne l'a pas fait. C'est une lacune; nous ne croyons pas qu'il appartienne à l'interprète de la combler; en effet, l'interprète ne peut pas créer des formes et les sanctionner, au besoin, par la peine de nullité.

237. Il y a des actes analogues à la cession et à la subrogation. Doit-on leur appliquer l'article 5? Il faut dire de l'inscription ce que nous avons dit de la transcription: la loi seule peut ordonner la publicité d'un acte; il n'y a donc pas de publicité légale sans loi. Pour qu'un acte doive être rendu public par voie d'inscription, il faut, par conséquent, qu'il équivaille à une cession ou à une subrogation. Telle est la dation en paiement; on l'a toujours assimilée à une vente; bien qu'il y ait certaines différences, elles ne concernent pas les tiers; si donc une créance privilégiée ou

hypothécaire est donnée en paiement, l'acte doit être inscrit pour qu'on puisse l'opposer aux tiers.

Il en est de même de la délégation que le débiteur consent à son créancier pour se libérer, lorsque c'est une créance privilégiée ou hypothécaire qui est déléguée. Si la créance déléguée est reçue en paiement par le créancier, l'opération constitue une dation en paiement, donc une vente; et partant il y a lieu d'inscrire l'acte, conformément à l'article 5. Ce n'est pas étendre la loi, c'est l'appliquer.

Que faut-il dire de la cession que le créancier fait de l'hypothèque ou du privilège, sans céder la créance principale? Il y a une première difficulté : une cession pareille est-elle valable? Nous examinerons la question en traitant des privilèges et hypothèques. Si l'on admet la validité de la cession, on doit admettre aussi qu'elle est soumise à l'inscription. En effet, pourquoi la loi prescrit-elle la publicité des créances privilégiées ou hypothécaires? C'est précisément à raison du privilège ou de l'hypothèque qui les garantissent; en réalité, c'est la transmission du droit réel qui est rendue publique; dès lors elle doit aussi être inscrite quand elle se fait séparément; c'est alors un acte translatif d'un droit réel immobilier; la loi soumet cette transmission à la publicité, soit par voie de transcription, soit par voie d'inscription. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur la nécessité de la publicité (1).

238. La loi du 15 août 1854 (art. 5) porte que la *saisie* d'une rente privilégiée ou hypothécaire ne peut être opposée aux tiers s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date de la saisie, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles du saisissant et du saisi. Cette disposition comble une lacune de la loi hypothécaire. On a dit, avec raison, que si la cession volontaire d'une créance doit être rendue publique pour prévenir la fraude, il en doit être de même, et à plus forte raison, de la dépossession, qui est une suite de la saisie; il est rare que le cédant revende une seconde fois la créance dont il a cessé d'être propriétaire; tandis que le créancier saisi pourrait

(1) Voyez, sur tous ces points, Martou, *Commentaire*, t. I, p. 190, n° 174.

être tenté de vendre la créance dont il conserve le titre, afin de se procurer des ressources (1). Mais il importe de remarquer que la loi de 1854 a un objet spécial, la saisie des rentes constituées sur particuliers; elle ne s'applique pas aux autres créances; la lacune que nous avons signalée subsiste donc, car les constitutions de rente deviennent de jour en jour plus rares.

N° 2. FORMES DE LA PUBLICITÉ.

239. La publicité se fait par voie d'inscription. Comme la cession est une vente, et que cette vente doit être rendue publique à raison du droit réel immobilier qu'elle comprend, il y a identité parfaite entre la cession de l'article 5 et l'acte translatif de propriété de l'article 1^{er}; donc, logiquement, la cession devrait être transcrite, comme on transcrit la vente d'un immeuble. Les travaux préparatoires ne nous apprennent pas la raison pour laquelle la loi s'est contentée d'une inscription quand il s'agit de privilèges et d'hypothèques, tandis qu'elle exige la transcription pour tous les autres droits réels immobiliers. C'est peut-être parce que la seule chose qui intéresse les tiers, en matière de cession, c'est le fait de la transmission de la créance.

240. Les formalités de la publicité diffèrent selon que la créance cédée a été ou non inscrite. Régulièrement les privilèges et hypothèques seront inscrits, puisqu'ils ne deviennent efficaces que par l'inscription. Dans ce cas, il est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties.

Pour opérer cette inscription, les parties doivent présenter au conservateur l'expédition authentique de l'acte et deux extraits sur timbre contenant les indications exigées par l'article 5. Le conservateur remet au requérant l'un des extraits, sur lequel il certifie que la mention a été faite. En traitant de la publicité des hypothèques, nous dirons pourquoi le conservateur conserve l'autre extrait.

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 195, n° 177.

L'article 5 semble encore exiger une autre formalité; il porte que le conservateur indiquera, au bas du *bordereau*, le changement opéré sur ses registres, c'est-à-dire l'inscription faite de la cession. Quel est ce *bordereau*? Les avis diffèrent. Voici l'explication de Martou; c'est la plus naturelle. Le cédant, en prenant inscription de l'hypothèque, a dû présenter deux bordereaux au conservateur; celui-ci remet à l'inscrivant l'un de ces bordereaux, au pied duquel il certifie avoir fait l'inscription (art. 84). Lors de la cession de la créance, le créancier doit remettre ce bordereau au cessionnaire, puisque c'est une garantie pour le propriétaire de la créance inscrite; c'est sur ce bordereau que le conservateur indique que la créance a changé de titulaire. Il est vrai que, ainsi interprété, l'article 5 fait double emploi avec l'article 84; mais cela se comprend: lors de l'adoption de l'article 5, on ne savait pas encore comment se ferait l'inscription de la cession, et plus tard le législateur oublia de modifier cet article (1).

241. Il va de soi que les formalités sont les mêmes pour la subrogation à une créance privilégiée ou hypothécaire, lorsque le créancier a pris inscription. Le conservateur fait, dans ce cas, mention de la subrogation ou de l'acte équivalent (n° 237).

242. Comment se fait la publicité quand le privilège ou l'hypothèque n'ont pas été inscrits? Le cessionnaire ou le subrogé doivent prendre, en ce cas, une inscription en leur propre nom, en vertu de l'acte de cession ou de subrogation. L'article 5, assez mal rédigé, le dit implicitement; la loi se borne à exiger pour cette inscription que l'acte présenté au conservateur soit dressé dans la forme authentique.

243. L'authenticité des actes sur lesquels se fait, soit la transcription, soit l'inscription, est une condition générale requise par la loi nouvelle; l'article 5 la prescrit formellement, que la publicité se fasse par voie de mention ou par voie d'inscription. Nous avons dit plus haut quels sont

(1) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 201, n° 187. Comparez, en sens divers, Casier, *Etudes*, p. 92, n° 95; Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 111, nos 211 et suiv.; Delebecque, *Commentaire*, p. 74, n° 72.

les motifs pour lesquels la loi n'admet point à la transcription les actes sous seing privé qui constatent une convention translative de droits réels immobiliers (n° 124). Le rapporteur de la commission de la chambre des représentants a fait valoir les mêmes considérations à l'appui de l'article 5 (1); nous croyons inutile de les reproduire.

Il y a une légère difficulté pour ce qui concerne les procurations; l'article 5 ne reproduit pas la disposition de l'article 2, d'après laquelle les procurations relatives aux droits réels immobiliers doivent être données dans la forme authentique; et, comme en matière de publicité tout est de stricte interprétation, on pourrait induire du silence de la loi que les procurations restent sous l'empire du droit commun de l'article 1985, d'après lequel le mandat peut être donné par acte sous seing privé. Ce serait très-mal raisonner. Quand la loi exige l'authenticité pour une convention, elle l'exige, par cela même, pour tous les éléments essentiels de cette convention; or, y a-t-il un élément plus essentiel que le consentement donné par voie de procuration? Inutile d'insister; nous renvoyons au témoignage de Merlin que nous avons rapporté plus haut (n° 130) (2).

N° 3. CONSÉQUENCE DU DÉFAUT DE PUBLICITÉ.

244. Aux termes de l'article 5, la cession non rendue publique ne peut être opposée aux tiers. C'est la reproduction du principe établi par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire. Il faut donc appliquer à l'article 5 ce que nous avons dit des *tiers* en matière de transcription.

Cependant il y a une différence de rédaction; l'article 1^{er} ajoute une condition pour que les tiers puissent se prévaloir du défaut de transcription; il faut qu'ils aient contracté *sans fraude*. Cette condition n'est pas exprimée dans l'article 5. En doit-on conclure que les tiers qui ont traité avec le cédant, ayant connaissance de la cession, quoique non transcrite, pourront néanmoins opposer le défaut de publi-

(1) Lelièvre, Rapport (Parent, p. 118).

(2) Martou, *Commentaire*, t. I, p. 197, n° 181. Casier, *Etudes*, p. 87, n° 89. En sens contraire, Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 110, n° 208.