

§ III. *Conséquences de la solennité des hypothèques.*

438. Du principe que l'hypothèque est un contrat solennel découlent des conséquences très-importantes en ce qui concerne la validité ou l'existence de l'hypothèque. Il faut avant tout déterminer le vrai sens du principe. Quand un contrat est solennel, tous les éléments de ce contrat doivent être constatés dans la forme authentique. Cela résulte du texte de la loi. L'article 76 (code civil, art. 2127) dit que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique, c'est-à-dire *contractée*; donc tout ce qui constitue le contrat d'hypothèque doit être constaté authentiquement. Nous disons le *contrat d'hypothèque*. Il ne faut pas confondre le contrat qui établit l'hypothèque avec le contrat qui établit l'obligation principale (n° 423); les deux conventions peuvent être séparées, c'est-à-dire que les parties peuvent dresser des actes distincts, l'un pour se procurer une preuve littérale de l'obligation qu'elles ont contractée, l'autre pour constituer l'hypothèque; le premier peut être dressé par acte sous seing privé, le second doit être authentique (1).

Il y a cependant un élément de l'obligation principale qui doit être mentionné dans le contrat d'hypothèque, c'est le montant pécuniaire de la créance; cette mention est relative à une condition essentielle de l'hypothèque, la spécialité (art. 80; code civil, art. 2132). Mais il importe de déterminer la portée de cette restriction. On peut donner hypothèque pour sûreté d'une obligation indéterminée, telle que celle des dommages-intérêts non liquidés. La liquidation se fait, et les parties la constatent dans un acte sous seing privé : l'hypothèque sera-t-elle valable? Oui, et sans doute aucun; il est satisfait au principe de spécialité, par cela seul que l'acte indique la somme pour la garantie de laquelle l'hypothèque est constituée; c'est là tout ce qui intéresse les tiers, car le créancier n'aura point de droit de

(1) Persil, t. I, p. 435, art. 2127, n° 7, et tous les auteurs. Gand, 17 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2. 420)

préférence au delà de la somme portée à l'acte et inscrite, alors même que l'évaluation des dommages-intérêts porterait sa créance à un chiffre plus élevé; par conséquent, l'acte d'hypothèque est complet en ce qui concerne la spécialité de la créance (1).

439. La cour de cassation a fait l'application de ces principes dans l'espèce suivante. Par acte authentique, un banquier s'obligea, à titre d'ouverture de crédit, de tenir à la disposition des crédités une somme de 100,000 francs, avec stipulation que la réalisation du crédit aurait lieu par la remise successive de sommes diverses, jusqu'à concurrence de 100,000 francs, et qu'à cet effet il serait ouvert un crédit spécial. Par le même acte, les crédités consentirent une hypothèque jusqu'à concurrence de 100,000 francs. La cour d'appel décida que le contrat d'hypothèque devait être combiné avec un écrit sous seing privé antérieur qui contenait l'ensemble des conventions arrêtées entre les parties et qui déterminait les conditions et les causes du crédit; l'acte d'hypothèque n'était que la réalisation de ces conventions. En procédant ainsi, la cour arriva à étendre l'hypothèque au compte courant, qui comprenait, outre le crédit de 100,000 francs, une somme de 250,000 francs, pour laquelle les crédités donnaient en garantie les fers et fontes provenant de l'usine qu'ils exploitaient; cette exploitation formait la cause du crédit total de 350,000 francs. C'était déterminer l'étendue et les effets de l'hypothèque, en ce qui concerne la créance, d'après les clauses d'un acte sous seing privé antérieur et, partant, violer l'article 2127, qui veut que la convention et tous ses éléments, notamment la somme, soient authentiquement constatés. En conséquence, l'arrêt a été cassé (2).

440. Sur ce point, tout le monde est d'accord. Mais il y a un profond dissentiment sur un autre élément du contrat d'hypothèque, le consentement du créancier : doit-il être donné dans la forme authentique, comme le consentement du débiteur? L'article 76 s'explique spécialement sur

(1) Martou, *Commentaire*, t. III, p. 88, n° 983.

(2) Cassation, 1^{er} décembre 1852 (Dalloz, 1852. 1. 275). Comparez Martou, t. III, p. 86, n° 982 bis; Pont, t. II, p. 91, n° 656

le consentement de celui qui constitue l'hypothèque; le § 1^{er} porte que l'hypothèque conventionnelle ne peut être *consentie* que par acte authentique; or, c'est du débiteur que l'on dit qu'il *consent* l'hypothèque; quand il n'est pas présent, il doit se faire représenter par un mandataire spécial; ce qui ne peut se faire, d'après le § 2, que par une procuration authentique. Comme on s'est prévalu du texte de la loi pour en induire que le consentement du créancier ne doit pas être donné dans la forme authentique, il faut, avant tout, déterminer la signification exacte de l'article 76 (code civil, art. 2127). Il est la suite et l'application de la définition que la loi donne de l'hypothèque conventionnelle. Aux termes de l'article 44 (code civil, art. 2117), cette hypothèque dépend des *conventions* et de la *forme extérieure* des actes et contrats; c'est dire que l'hypothèque conventionnelle n'existe que si la convention qui l'établit a été reçue dans les formes prescrites par la loi; l'article 76 (code civil, art. 2127) détermine ces formes. La combinaison de ces deux dispositions prouve que le mot *consentir*, dont la loi se sert dans l'article 76, est synonyme de *contracter*; la loi n'entend pas décider la question de savoir comment le débiteur doit manifester son consentement, elle décide une question plus générale, celle des formes qui doivent être observées pour que l'hypothèque existe: ce sont les formes de l'acte authentique ou notarié.

Quant au second alinéa, il est spécial au débiteur qui veut constituer une hypothèque par procuration: il décide que la procuration doit être authentique. Pourquoi la loi s'occupe-t-elle particulièrement du débiteur? est-ce parce que le débiteur seul doit consentir dans une forme authentique? Non, car le § 1^{er} décide implicitement le contraire, comme nous venons de le dire, et nous y reviendrons pour compléter notre démonstration. Si le § 2 ne parle que de la procuration à l'effet de constituer hypothèque, c'est que cette question était très-controversée sous l'empire du code civil; le législateur n'établit donc pas un principe général, il tranche une controverse, et il le fait par des motifs généraux applicables à toutes les parties qui interviennent dans le contrat d'hypothèque; la solennité de l'acte implique

la solennité du consentement, donc le consentement doit être exprimé dans la forme authentique. Or, il est admis généralement (n° 424) que le créancier doit consentir aussi bien que le débiteur. Cela décide notre question. Le consentement est un élément essentiel du contrat d'hypothèque; si l'authenticité est de la substance du contrat, elle est par cela même de la substance du consentement (n° 430).

441. Le principe tel que nous venons de le formuler est controversé; il faut donc nous y arrêter. Il a été consacré par un excellent arrêt de la cour de cassation de Belgique. La cour commence par établir que le contrat d'hypothèque ne se forme que par le concours de volontés du débiteur qui constitue l'hypothèque et du créancier qui la stipule. Ce principe suffit pour décider la question; le contrat étant solennel, le consentement doit être exprimé dans la forme authentique, sinon il est censé ne pas exister. Cela est vrai du consentement de celui qui stipule, aussi bien que du consentement de celui qui promet. La cour de cassation dit ensuite que sous l'empire du code civil il existait une divergence d'opinions sur le point de savoir si le créancier qui n'est pas intervenu dans l'acte constitutif de l'hypothèque doit manifester son consentement, c'est-à-dire accepter dans la forme authentique, ou s'il peut le faire d'après le droit commun, soit par un acte sous seing privé, soit tacitement. C'est cette dernière opinion qui prévalait dans la doctrine et dans la jurisprudence. La commission spéciale s'est prononcée pour l'opinion contraire; nous transcrivons le passage du rapport que la cour de cassation reproduit également dans son arrêt. Voici en quels termes la commission pose la question; ils sont importants, car la solution n'est pas absolue, elle ne s'applique qu'à l'espèce que le rapport prévoit: « Quels sont les effets des actes notariés dans lesquels l'emprunteur comparait seul, pour déclarer qu'il a reçu telle somme à titre de prêt d'un tel, et qu'il constitue tel bien en hypothèque? » La commission répond: « En ce qui concerne le prêt, l'acte a toute la force d'un aveu extrajudiciaire. Quoique fait hors de la présence du créancier, il pourra, d'après les circonstances, être considéré

comme une preuve complète, sans que cette preuve soit subordonnée à l'acceptation du créancier. Mais en ce qui concerne l'hypothèque, l'aveu même authentique d'une hypothèque est inopérant, puisque l'hypothèque doit être constituée par acte authentique, et comme acte constitutif d'hypothèque, l'acte est nul et ne pourrait recevoir son existence que par suite de l'acceptation constatée authentiquement du créancier. » Le rapport ajoute : « La commission pense qu'en consignait ici les observations qui précèdent et qui résultent de principes de droit incontestables, elle peut s'abstenir de modifier, sous ce rapport, l'article 2127 » (devenu l'article 76 de la loi hypothécaire) (1).

La cour de cassation admet cette doctrine comme interprétation officielle de la loi : « Ce rapport a été annexé par le gouvernement à l'exposé des motifs du projet de loi hypothécaire, et le passage susmentionné n'a pas donné lieu à la moindre discussion, ni à la chambre des représentants ni au sénat; il doit dès lors être considéré comme le véritable esprit de l'article 76, lequel a remplacé l'article 2127 du code civil (2). »

Nous n'oserions pas admettre cette décision comme un principe; et la cour de cassation elle-même a jugé le contraire dans une question hypothécaire sur laquelle il y avait plus qu'un rapport de la commission, il y avait une déclaration du ministre de la justice, il y avait une décision de la chambre; néanmoins la cour n'a tenu aucun compte des travaux préparatoires, à tel point qu'elle ne les a pas même mentionnés pour les combattre (voyez plus haut, n° 240). Dans cette dernière espèce, il nous a semblé que la cour aurait dû s'en tenir à la décision de la chambre et aux motifs exposés dans la discussion. Dans l'espèce actuelle, nous acceptons l'arrêt; mais nous aurions préféré que la cour le motivât sur les principes incontestables que la commission invoque, sans les développer. Ces principes sont au fond les nôtres; car la commission dit que l'hypothèque

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 39).

(2) Cassation, 29 mai 1863 (*Pasicriste*, 1863, 1, 212).

conventionnelle exige un concours de volontés, et elle veut que l'acceptation du créancier soit donnée dans la forme authentique, parce que l'hypothèque doit être constituée dans cette forme, et elle ajoute que l'hypothèque n'existera que par l'acceptation authentique que le créancier fera de la constitution, ce qui implique que les formes sont requises pour l'existence de l'acte, et par conséquent que le contrat d'hypothèque est un acte solennel.

Mais si tels sont les principes que la commission entendait consacrer, pourquoi ne les a-t-elle pas formulés dans la loi, comme elle l'a fait pour l'authenticité de la procuration? Elle l'a jugé inutile, parce que les principes lui paraissaient incontestables; en réalité, ils sont si peu incontestables que tout, en cette matière, est sujet à controverse, et, malgré le rapport de la commission, la controverse subsiste. Le silence des deux chambres que la cour de cassation invoque n'est rien moins que concluant; les chambres ne délibèrent pas sur des opinions émises dans les rapports; elles délibèrent sur les propositions qui leur sont soumises, et dans l'espèce, elles n'ont été saisies d'aucune proposition: les décisions de la commission n'ont donc qu'une autorité doctrinale; on l'a répudiée dans la question que nous discutons, et nous-mêmes nous n'acceptons point l'opinion que la commission énonce sur les autres points qui sont toujours controversés dans la même matière. Il eût été si facile de prévenir ces incertitudes qui touchent à des actes journaliers de la vie civile!

Nous avons dû faire ces réserves, parce qu'on aurait pu nous opposer le rapport de la commission comme une autorité légale, alors qu'il n'a qu'une autorité de raison. Si nous approuvons la décision de la cour de cassation, c'est qu'elle est réellement, à notre avis, fondée sur des principes que nous croyons incontestables, mais qui malheureusement sont contestés, et par la doctrine et par la jurisprudence.

442. La cour de cassation de France a porté un arrêt en sens contraire dans une espèce identique à celle qui a été jugée par la cour de cassation de Belgique. Il s'agissait de la reconnaissance pure et simple d'une dette, avec