

affectation hypothécaire. La cour pose en principe que cette reconnaissance peut constituer un engagement unilatéral et être régulièrement faite par le débiteur seul. Nous avons déjà critiqué ce prétendu principe. Qu'importe que l'affectation hypothécaire soit un engagement unilatéral? Est-ce que les contrats unilatéraux n'exigent pas le concours de volontés des deux parties intéressées? La cour ajoute qu'aucune disposition de la loi n'oblige le créancier en faveur de qui a été passée la reconnaissance avec hypothèque et qui veut en profiter, d'en accepter l'effet par un acte notarié. Ici est la vraie difficulté; la cour reconnaît implicitement que le créancier doit accepter s'il veut profiter de l'hypothèque; mieux valait dire, comme l'a fait notre cour de cassation, que le contrat d'hypothèque ne se forme que par le concours de consentement du débiteur et du créancier. L'acceptation du créancier doit-elle se faire par acte authentique? Telle est la question. Il n'y a pas de loi, dit la cour, qui l'exige. « L'article 2127 (loi hyp., art. 76), invoqué par le pourvoi, est muet à cet égard. » Nous répondons que cet article ne doit pas être isolé de l'article 2117 (loi hyp., art. 44). La définition de l'hypothèque conventionnelle prouve que le contrat qui la constitue est un contrat solennel; l'article 2127 (loi hyp., art. 76) dit en quoi consiste la solennité: l'hypothèque ne peut être consentie que par acte authentique, c'est-à-dire qu'il faut la forme authentique pour qu'il y ait une hypothèque, puisque, aux termes de l'article 2117, l'hypothèque conventionnelle *dépend* de la *forme* des actes. Or, si l'hypothèque est un contrat solennel, le consentement du créancier doit être authentique aussi bien que celui du débiteur. C'est précisément ce que dit l'article 932 pour un autre contrat solennel, la donation. La cour de cassation l'écarte en disant que cette disposition ne s'applique qu'à la donation entre-vifs (1). Le texte, oui; mais le principe que le texte consacre s'applique à tous les contrats solennels; ce principe est élémentaire, c'est que, dans ces contrats, le consente-

(1) Rejet, 5 août 1839 (Daloz, au mot *Privilèges et Hypothèques*, n° 1260).

ment n'existe que lorsqu'il est exprimé dans la forme authentique.

La jurisprudence des cours d'appel est conforme à l'arrêt que nous venons de rapporter; la décision de la cour de Toulouse que nous avons citée est isolée (n° 426). On admet généralement que l'acceptation du créancier peut être tacite, et on induit ce consentement tacite de l'inscription que le créancier requiert au bureau de conservation. Voici l'étrange conséquence que la cour de Paris déduit de ces principes. Dans l'espèce, l'inscription avait été prise par un tiers. Peu importe, dit la cour, le tiers doit être considéré comme ayant agi au nom des bénéficiaires de l'hypothèque, en qualité de *negotiorum gestor*. Ainsi il suffit que l'hypothèque soit inscrite sans le consentement du créancier pour qu'il soit censé consentir! Que dirait le président Favre d'une pareille doctrine? Il crierait certes à la monstruosité. La cour ajoute que l'acte du tiers, loin d'avoir été désavoué, a été ratifié par la production du créancier à l'ordre (1). Ceci soulève une nouvelle difficulté: la ratification rétroagit-elle, dans l'espèce? La cour ne répond pas à la question; nous y reviendrons.

**413.** Les cours de Belgique se sont prononcées dans le même sens. Il y a plusieurs arrêts de la cour de Liège sur notre question, antérieurs à l'arrêt de notre cour de cassation. Le premier méconnaît les notions les plus élémentaires de droit. Il s'agissait de la reconnaissance d'un prêt antérieur avec affectation hypothécaire. « L'acte, dit l'arrêt, ne constate donc pas, entre deux personnes présentes, la proposition et l'acceptation d'un prêt actuel, pouvant présenter l'apparence d'un contrat *synallagmatique* et nécessiter pour sa formation, selon les circonstances et la nature des stipulations, le concours simultané de la volonté des deux parties ». Qu'est-ce à dire? On doit se le demander, car la rédaction est si mauvaise, que la pensée de la cour est inintelligible. Est-ce qu'un *prêt* est un contrat *synallagmatique*? et les *contrats synallagmatiques* exigent-ils le con-

(1) Paris, 22 avril 1835 (Daloz, au mot *Privilèges*, n° 1260, 1°). La cour de Gand dit la même chose dans l'arrêt du 11 juillet 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 212) qui a été cassé (n° 441).

*cours simultané* du consentement des parties? Autant de propositions, autant d'hérésies. Dans l'espèce, le contrat était unilatéral : qu'est-ce que la cour en conclut? Qu'il suffit, *pour en établir la preuve*, d'un titre émané du débiteur, soit dans la forme de l'article 1326, si l'écrit est sous seing privé, soit dans la forme authentique. S'agissait-il d'une question de *preuve*, dans l'espèce? Est-ce que par hasard l'hypothèque se prouve par un acte sous seing privé? La forme authentique n'est-elle pas de la substance de l'acte? La cour répond que l'hypothèque est un accessoire de l'obligation principale et qu'elle en doit suivre le sort, « pour autant que les formalités et les conditions requises pour sa validité aient été observées. » Qu'est-ce que le caractère *accessoire* de l'hypothèque a à faire ici? L'hypothèque est un contrat solennel, tandis que le prêt est un contrat non solennel; quand il s'agit de la validité de l'hypothèque ou de son existence, il faut donc que les formes soient observées, sans que l'on doive tenir compte du contrat principal. Quelles sont ces conditions et ces formes? La cour de Liège cite les articles 2127 et 2129 (loi hyp., art. 78 et 80), relatifs à la spécialité de l'hypothèque. Nous demandons de nouveau : Qu'est-ce que la spécialité a de commun avec la forme de l'acte? « Si, continue la cour, l'acceptation du créancier est même nécessaire, le législateur n'a déterminé ni l'époque ni la forme de cette acceptation. » L'arrêt est si mal rédigé, que l'on se demande si, dans la pensée de la cour, l'acceptation du créancier est nécessaire ou si elle ne l'est point. On ne le sait. En tout cas, la cour se contente d'une acceptation qui soit certaine et dûment établie, et elle écarte l'article 932 comme étant spécial aux donations. Toujours la même confusion : il ne s'agit pas de *prouver* l'acceptation, il s'agit de savoir si la convention et, par conséquent, l'acceptation sont solennelles. Enfin la cour dit que les effets de l'acceptation remontent au jour du titre (1). C'est une nouvelle confusion. La confirmation rétroagit, sauf les droits des tiers; mais où est-il dit que le *consentement* rétroagisse, et qui a jamais songé à le prétendre?

(1) Liège, 19 janvier 1856 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 350).

Dans le second arrêt rendu par la cour de Liège, il s'agissait de savoir si la procuration que le créancier donne pour l'acceptation doit être authentique. La cour s'est prononcée pour la négative, par la raison que l'article 76 n'exige l'authenticité de la procuration que pour la constitution de l'hypothèque, c'est-à-dire de la part de celui qui la crée ou la concède, et non de la part de celui qui l'accepte ou la reçoit (1). On trouve la même décision, fondée sur le même argument, dans un arrêt de la cour de Gand (2). Les deux cours ont-elles bien réfléchi aux conséquences étranges qui résultent de cette interprétation de l'article 76? Si cet article exige une procuration authentique de la part du débiteur qui consent l'hypothèque, par dérogation à la loi qui admet le mandat donné sous seing privé, et même par lettre, c'est parce que l'hypothèque est un acte solennel, et que dans un contrat solennel tous les éléments de la convention doivent être authentiquement constatés; il y a donc un motif identique pour exiger l'authenticité pour le consentement du créancier comme pour le consentement du débiteur. Si l'article 76 ne parle que du débiteur, c'est qu'il a pour objet de trancher une controverse. Mais il est si vrai que les auteurs de la loi n'entendaient pas décider que le consentement du créancier pouvait se donner par écrit sous seing privé, qu'ils établissent le principe tout contraire, principe sur lequel notre cour de cassation s'est fondée pour juger que l'acceptation du créancier devait être donnée dans la forme authentique (n° 441). En argumentant du silence de la loi, les cours de Liège et de Gand font dire au législateur le contraire de ce qu'il a voulu dire; ce qui arrive presque toujours dans cette espèce d'argumentation que l'on appelle *a contrario*. Si l'argumentation est mauvaise, la conséquence l'est encore plus. La cour de Liège reconnaît, dans son second arrêt, que la constitution de l'hypothèque a un caractère *solennel*. Ainsi le contrat serait solennel à l'égard de l'une des parties et non solennel à l'égard de l'autre! Voilà une distinction qui mérite de

(1) Liège, 2 août 1862 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 402).

(2) Gand, 11 avril 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 44).

trouver place dans le catalogue des erreurs des praticiens que le président Favre a dressé. Ajoutons que la distinction est contraire au texte de la loi : l'article 76 (code civil, art. 2127) ne doit pas être isolé de l'article 44 (code civil, art. 2117), dont il est la suite ; et l'article 44 dit que l'*hypothèque conventionnelle dépend de la forme extérieure des actes et des contrats* ; il ne dit pas que le consentement du débiteur est un acte solennel, tandis que le consentement du créancier serait un acte non solennel (1).

**444.** Nous avons dû nous arrêter à la jurisprudence parce qu'il s'agit d'une question pratique, et que les notaires, de même que tous les praticiens, sont disposés à s'en tenir aux décisions judiciaires ; ce qui est très-naturel quand ces décisions ne font que donner leur appui à la pratique illégale qui s'est introduite par l'usage et perpétuée par une longue tradition. Nous leur conseillons de s'en tenir au principe consacré par notre cour de cassation : c'est le plus juridique, et c'est en tout cas le plus sûr. La doctrine est aussi incertaine que la jurisprudence. Nous ne connaissons qu'un seul auteur, Zachariæ (2), qui enseigne la doctrine que nous venons de soutenir contre la jurisprudence des cours de France et de Belgique, en prenant appui sur l'arrêt de notre cour de cassation. MM. Aubry et Rau ont abandonné, sur ce point, l'opinion du jurisconsulte allemand ; ils distinguent, avec la jurisprudence, entre la constitution hypothécaire et l'acceptation du créancier : celle-ci peut être faite sous seing privé, et même tacitement. Les éditeurs de Zachariæ ne motivent pas leur décision, ce qui est le côté faible de leur excellent ouvrage ; ils se bornent à écarter l'article 932, qu'ils considèrent comme une disposition exceptionnelle, et ils en concluent qu'on ne saurait l'étendre à toutes les conventions pour la validité desquelles la loi exige un acte notarié (3). Cela n'est pas exact. L'article 932 n'est exceptionnel qu'en ce sens qu'il ne reçoit d'application qu'aux contrats solennels ; la question est donc de savoir si l'hypothèque est un contrat solennel ; si on la décide

(1) Il y a des jugements dans le même sens (Cloes, t. III, p. 47).

(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. V, p. 179, note 4, § 800.

(3) Aubry et Rau, t. III, p. 274 et suiv., et note 51, § 266.

affirmativement, il faut dire que l'authenticité est requise, non pour la *validité* de l'hypothèque, mais pour son *existence* ; en tout cas, la forme authentique est prescrite pour tous les éléments de l'hypothèque, comme le prouve la définition que l'article 2117 (loi hyp., art. 44) donne de l'hypothèque conventionnelle, définition que les auteurs ainsi que la jurisprudence négligent complètement, et cependant elle décide la question. Le dernier auteur qui a écrit sur la matière en France, Pont, se borne à constater l'état de la jurisprudence (1).

**445.** Les interprètes de la loi belge se sont prononcés dans le même sens. Martou se contente de dire que la concession de l'hypothèque est, de la part du débiteur, une obligation unilatérale, dont la validité n'est subordonnée, ni à la présence du créancier à l'acte, ni à une acceptation ultérieure de sa part ; puis il décide que le créancier manifeste suffisamment son acceptation par l'inscription de l'hypothèque (2). Comment cet esprit si judicieux ne s'est-il pas aperçu que sa doctrine est en opposition avec les principes les plus élémentaires du droit ? Quoi ! il s'agit d'un contrat et d'un acte solennel, et ce contrat se parfait sans que le créancier soit présent à l'acte et sans qu'il accepte ultérieurement ? Il y aurait donc un contrat sans consentement, car le consentement n'est pas autre chose que le concours de deux volontés. S'il en est ainsi, que vient-on parler d'une acceptation tacite ?

M. Cloes critique l'arrêt de notre cour de cassation ; il lui semble impossible que cette décision soit destinée à fixer la jurisprudence. Nous avons aussi fait quelques réserves sur les motifs de l'arrêt ; M. Cloes a raison de dire que les opinions énoncées dans le rapport d'une commission ne doivent pas être identifiées avec la loi. Cela prouve que la commission a eu tort de ne pas formuler en article de loi la doctrine qu'elle croyait fondée sur des principes incontestables. Mais cela ne prouve pas que ces principes soient faux. Nous croyons en avoir démontré l'exactitude.

(1) Pont, *Des privilèges et hypothèques*, t. II, p. 93, n° 659.

(2) Martou, t. III, p. 87, n° 982 *ter*.

Ce que l'honorable conseiller de la cour de Liège objecte, dans son commentaire, nous paraît d'une faiblesse extrême. Après avoir transcrit le passage du rapport que nous avons cité (n° 441), le commentateur ajoute qu'à son avis la solution de la difficulté dépend du point de savoir si la constitution de l'hypothèque est un contrat synallagmatique ou un contrat unilatéral, et comme il est certain que le contrat d'hypothèque est unilatéral, il en faudrait conclure que l'acceptation du créancier n'est pas nécessaire; partant, il ne saurait être question d'une acceptation authentique. Toutefois l'auteur n'admet pas les conséquences de son principe; il devrait rejeter toute acceptation, et il se contente d'une acceptation tacite. On est étonné de voir cette erreur, déjà signalée par le président Favre, se reproduire sans cesse, même après l'arrêt de notre cour de cassation, qui établit si nettement le vrai principe. Et, sur ce point, l'autorité de la commission spéciale est également décisive, car c'est l'autorité du bon sens: peut-il y avoir une hypothèque conventionnelle sans convention, et la convention n'est-elle pas de son essence un concours de volontés? Le magistrat liégeois finit par tomber dans la même contradiction que nous avons reprochée à Martou. Après avoir dit qu'une acceptation du créancier n'est pas nécessaire, il se rallie à l'opinion des auteurs français, qui se contentent d'un consentement tacite (1): qu'est-ce donc que le consentement tacite, sinon une acceptation?

M. Arntz semble se rapprocher de notre opinion; il dit très-bien que l'hypothèque conventionnelle est celle qui est constituée par le libre consentement des parties; elle est régie par les principes généraux sur les conventions; elle doit donc être *acceptée* par le créancier, soit en personne, soit par son mandataire ou gérant d'affaires. Comment doit se faire l'acceptation? M. Arntz répond, comme nous, que l'hypothèque doit être acceptée par acte authentique et qu'elle ne peut produire d'effet qu'après la constatation de l'acceptation en cette forme. Mais il ajoute que l'acceptation du créancier peut se faire tacitement par l'inscrip-

(1) Cloes, t. III, p. 47, n° 72; p. 43, n° 70, et p. 45, n° 71.

tion (1). C'est sur ce dernier point que nous sommes en dissidence. Dans notre opinion, l'acceptation dans la forme authentique n'est pas une question de *preuve*. Le contrat d'hypothèque est un contrat solennel; il *dépend*, comme le dit l'article 44 (code civil, art. 2117), de la forme extérieure des actes. Donc la forme est de la substance de l'acte, et cette forme, c'est un acte notarié; partant, il faut ou une procuration authentique ou une acceptation par-devant notaire. L'inscription, en tout cas, ne peut valoir comme acceptation, car l'inscription suppose que l'hypothèque existe, par conséquent, qu'elle est acceptée.

#### § IV. Application du principe.

**446.** La loi hypothécaire exige le consentement authentique du débiteur qui constitue l'hypothèque, et, comme conséquence, l'authenticité de la procuration que le débiteur donne à l'effet de constituer hypothèque. Il a été jugé, par application de cette disposition, que l'hypothèque ne peut pas être consentie en vertu d'une délibération d'une société qui autorise le gérant à contracter un prêt hypothécaire, à moins que la délibération ne soit constatée par un acte notarié. Dans l'espèce, il n'y avait aucun doute, car l'acte social portait que l'assemblée générale des actionnaires avait seule le droit de décréter des emprunts, et l'interdiction d'emprunter emportait l'interdiction de consentir une hypothèque pour sûreté de l'emprunt; la délibération qui autorisait l'emprunt était donc une procuration, dans le sens de l'article 76, et, partant, soumise à la forme de l'authenticité (2). Il peut résulter de là des embarras pour les sociétés, mais le principe n'est pas douteux.

**447.** Si l'hypothèque est consentie en vertu d'une procuration sous seing privé, l'acte est nul, et, par conséquent, il n'y a pas d'hypothèque. On demande si le mandant pourrait confirmer l'hypothèque par un acte authentique? Dans

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. II, p. 728, n° 1789, et p. 734, n° 1807.

(2) Jugement du tribunal de Liège, du 9 août 1865, confirmé en appel (Cloes, t. III, p. 48, n° 76).