

lonté de l'obligé, donc d'une condition potestative. L'obligation principale étant nulle, il s'ensuivait que le contrat accessoire d'hypothèque était aussi frappé de nullité. La commission répond que cette interprétation de l'article 1174 est erronée. L'article 1174 dit seulement qu'il n'y a pas d'obligation lorsqu'il dépend de la pure volonté de celui qui s'engage d'être ou de n'être pas obligé. Ainsi est nulle l'obligation de celui qui s'engage s'il veut, et on ne peut pas non plus constituer une hypothèque sous une condition pareille. Autre chose est la constitution d'une hypothèque pour le cas où l'on contractera ensuite une obligation valable. Aucun principe ne s'oppose à ce qu'on donne une hypothèque pour une obligation future. Il est vrai que l'hypothèque n'existera que si la dette est contractée, et il dépend de celui qui l'a constituée de ne pas s'obliger. La commission répond qu'il ne dépend pas de lui que les biens qu'il a donnés en hypothèque ne soient pas hypothéqués s'il contracte la dette. Donc l'hypothèque ne dépend pas d'une condition purement potestative : le débiteur est lié, il ne peut s'obliger sans que ses biens soient frappés d'hypothèque.

Quel sera le rang de l'hypothèque consentie pour une dette future? La commission répond que l'hypothèque ne prendra rang que du jour où l'obligation principale aura été contractée. Tant qu'il n'y a pas d'obligation principale, il ne peut pas y avoir d'obligation accessoire. La commission ajoute que l'hypothèque ne pourra être inscrite que lorsque l'obligation principale aura pris naissance et sera constatée authentiquement. Sur ce point, nous avons quelque doute. D'abord nous ne voyons pas pourquoi l'obligation future doit être constatée authentiquement. Quand l'obligation précède l'hypothèque, elle peut être constatée par acte sous seing privé; l'obligation n'est pas un acte solennel, c'est l'hypothèque qui doit être reçue dans la forme authentique; et tout ce que la loi exige, c'est que la somme soit indiquée dans l'acte authentique. Or, si l'obligation reste soumise au droit commun, quand elle est contractée avant l'acte d'hypothèque, pourquoi deviendrait-elle solennelle lorsqu'elle est contractée après la constitution de

l'hypothèque? Nous supposons toujours que l'acte d'hypothèque détermine la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie, ainsi que l'exige l'article 80.

Si l'hypothèque peut être valablement constituée pour une dette future, pourquoi ne pourrait-elle pas être inscrite? Le créancier peut prendre inscription pour toute hypothèque valable. Il est vrai que l'hypothèque, quoique inscrite, n'aura rang qu'à partir du jour où l'obligation sera contractée, car il ne saurait y avoir d'hypothèque sans obligation principale. Il suit de là que le créancier n'a aucun intérêt à prendre inscription; et, dans l'intérêt des tiers, il eût été utile de formuler en loi l'opinion énoncée par la commission; mais la loi est muette sur ce point, et nous ne voyons pas de quel droit le conservateur refuserait d'inscrire une hypothèque que le débiteur a valablement consentie (1).

II. De l'hypothèque consentie pour un crédit ouvert.

528. On entend par ouverture de crédit la convention par laquelle un banquier s'oblige à fournir à une personne, qu'on appelle le crédit, des fonds ou des effets négociables jusqu'à concurrence d'une somme déterminée. Une hypothèque peut-elle être constituée pour sûreté d'un crédit ouvert? La question était controversée sous l'empire du code civil, quoique généralement décidée dans le sens de la validité de l'hypothèque; cette opinion a été consacrée par la loi belge; l'article 80 porte : « L'hypothèque consentie pour sûreté d'un crédit ouvert, à concurrence d'une somme déterminée qu'on s'oblige à fournir, est valable. » Le motif de douter était fondé sur l'article 1174; nous venons d'y répondre. Il faut ajouter que l'ouverture de crédit diffère en un point essentiel d'une dette future, c'est que le futur prêteur, le banquier, contracte une obligation actuelle, celle de tenir à la disposition du crédit la somme pour laquelle le crédit a été ouvert; le banquier ne peut plus en disposer. Cette obligation étant actuelle, il

(1) En sens contraire, Liège, 26 novembre 1823 (*Pasicrisie*, 1823, p. 538).

est juste que le banquier ait une garantie dès l'ouverture du crédit, puisque dès ce moment il se prive de la disposition de la somme qu'il tient en dépôt, et que le crédité peut lui réclamer le jour même du contrat. Sans doute il dépend toujours du crédité d'user ou de ne pas user du crédit, mais cela ne rend pas la constitution de l'hypothèque facultative. En fait, il est certain que le crédité usera du crédit, car ce n'est pas pour ne point en user qu'il l'a stipulé et qu'il a accordé une garantie hypothécaire au créancier; et du moment où il use du crédit, l'emprunt qu'il fait est assuré par l'hypothèque (1).

529. Quelles sont les conditions requises pour que l'hypothèque donnée pour sûreté d'un crédit ouvert soit valable? Il y a d'abord une condition de forme; l'article 80 ne contient aucune disposition à cet égard; c'est dire que l'hypothèque d'un crédit ouvert reste soumise au droit commun. Si elle est consentie par l'acte qui ouvre le crédit, il faudra un acte authentique qui constatera tout ensemble l'ouverture de crédit et la stipulation hypothécaire. Si l'ouverture de crédit a été arrêtée entre les parties antérieurement à la constitution de l'hypothèque, il y aura deux conventions distinctes, l'une non solennelle, celle qui est relative aux obligations du créancier et du crédité; l'autre solennelle, celle qui établit l'hypothèque. L'ouverture de crédit est d'ordinaire une convention commerciale, puisqu'elle est contractée par des commerçants et pour des actes de commerce; elle est donc soumise aux règles du droit commercial en ce qui concerne la preuve. On a essayé de soutenir que l'ouverture de crédit devait être constatée par acte authentique; cette interprétation confondait l'hypothèque avec l'obligation principale qu'elle est destinée à garantir; la cour de Bruxelles l'a rejetée; l'erreur était évidente (2). Il n'y a qu'un élément de l'ouverture de crédit qui doit être constaté authentiquement, c'est le montant du crédit; l'article 80 veut que la somme pour laquelle l'hypothèque est consentie soit déterminée. C'est l'application du

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 42). Comparez Pont t. II, p. 146, n° 711.

(2) Bruxelles, 24 février 1869 (*Pasicrisie*, 1869, 2, 104).

principe de spécialité, et la spécialisation de toute hypothèque conventionnelle doit se faire par acte authentique (n° 525) (1).

530. D'après l'article 80, l'ouverture de crédit ne peut être garantie par une hypothèque que pour la somme que le créancier s'oblige à fournir. Cette condition résulte de la nature des choses. L'ouverture de crédit est un contrat; elle implique donc une obligation de la part du créancier, celle de fournir la somme jusqu'à concurrence de laquelle il a ouvert un crédit à l'emprunteur; s'il ne s'oblige pas à fournir des fonds au crédité, il n'y a pas d'ouverture de crédit, et, partant, il ne peut être question d'une garantie hypothécaire qui assure les droits du créancier. Cela est d'évidence; mais la condition reçoit son application non-seulement au cas où le créancier ne s'obligerait point à fournir les fonds, elle s'applique aussi au cas où il s'obligerait sous condition potestative; il n'y aurait pas d'ouverture de crédit si le créancier se réservait la faculté de refuser les fonds ou de ne pas accepter les traites du crédité. La raison en est que l'hypothèque a rang à partir de la convention, parce que dès ce moment le créancier est obligé de tenir les fonds nécessaires à la disposition du crédité, et cette obligation n'existerait pas s'il pouvait les refuser (2).

La cour de cassation de Belgique a appliqué le principe de l'article 80 dans l'espèce suivante. Ouverture d'un crédit de 6,000 francs que le créancier s'oblige à tenir à la disposition du crédité. Constitution d'hypothèque pour sûreté du crédit; l'hypothèque était constituée pour la somme de 6,000 francs et les intérêts commerciaux, ainsi pour *tout excédant, s'il y avait lieu*. En conséquence, le créancier prit inscription pour le capital de 6,000 francs et pour 1,080 francs d'intérêts, et de plus pour une somme de 4,000 francs, excédant approximatif qui pourrait dépasser le capital de 6,000 francs; enfin, pour 720 francs d'intérêts. L'emprunteur étant tombé en faillite, le curateur de-

(1) Martou, t. III, p. 117, n° 1018. Pont, t. II, p. 149, n° 714.

(2) Martou, t. III, p. 120, n° 1022. Pont, t. II, p. 148, n° 712.

manda la radiation de l'inscription en tant qu'elle excédait la somme de 6,000 francs, pour laquelle le crédit avait été ouvert et les intérêts. Cette demande fut accueillie en première instance. Le premier juge dit très-bien que l'inscription était valablement prise pour la somme jusqu'à concurrence de laquelle le créancier s'était obligé de délivrer les fonds; il y avait, pour ce capital et les intérêts, engagement réciproque des contractants et certitude pour les tiers de la valeur encore libre des biens grevés. Il n'en était pas de même de l'excédant de ce crédit; le créancier pouvait dépasser le crédit stipulé, cela dépendait de lui, il ne contractait aucune obligation, de ce chef, à l'égard du crédit; partant, il n'y avait point de dette; ce qui entraînait la nullité de l'hypothèque, conformément à l'article 80, d'après lequel l'acte doit déterminer la somme que le créancier s'oblige à fournir. En appel, la décision fut réformée; la cour de Bruxelles décida qu'il y avait, pour les sommes excédant le crédit stipulé, engagement réciproque et lien entre les parties; elle ajouta que l'intérêt des tiers était sauvegardé par l'inscription, qui évaluait l'excédant à 4,000 francs; de sorte que tout était déterminé et certain. Cet arrêt confond toutes choses, la spécialité du contrat d'hypothèque et la spécialité de l'inscription; il confond un engagement certain avec une éventualité qui dépendait de la volonté du créancier, car il ne s'obligeait pas à fournir des fonds au delà du crédit stipulé; et, en tout cas, l'acte ne contenait pas la somme pour laquelle il pourrait y avoir excédant; l'acte d'hypothèque était donc nul à tous égards. Qu'importait, après cela, que l'inscription spécialisât l'excédant éventuel qui pourrait dépasser le crédit primitif? Peut-il y avoir une inscription quand l'hypothèque est nulle; et l'inscription peut-elle couvrir la nullité de l'hypothèque? L'arrêt de la cour de Bruxelles a été cassé, et il devait l'être (1).

531. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il était assez facile de distinguer le crédit obligatoire du crédit facultatif. La question est parfois très-délicate, et elle

(1) Cassation, 1^{er} février 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 1, 76).

se présente assez souvent. Nous croyons donc bien faire en rapportant encore deux décisions, dont l'une est douteuse. Ouverture d'un crédit de 150,000 francs pour le terme de trois ans. Le créancier se réservait la faculté de faire cesser le crédit quand il le jugerait convenable. N'était-ce pas là une condition potestative? Non, car l'article même du contrat qui donnait ce droit au créancier impliquait qu'il n'en userait qu'après que le crédit ouvert aurait reçu son exécution; en effet, l'acte portait que le créancier ne pourrait mettre fin au contrat que moyennant un avertissement préalable fait quatre mois d'avance, et que le crédit devait rembourser la moitié des fonds qu'il aurait touchés dans les six mois qui suivraient l'avis. La cour de Gand conclut, avec raison, de cette clause que le créancier ne pouvait faire cesser le crédit qu'après y avoir donné un commencement d'exécution; partant, l'ouverture de crédit lui imposait une obligation, ce qui suffit pour valider l'hypothèque (1).

Dans une autre espèce jugée par la même cour, l'acte portait que le créancier se réservait la faculté de *restreindre* le crédit chaque fois qu'il le jugerait convenable à ses intérêts. Malgré cette clause, la cour décida que l'acte imposait au bailleur de fonds une obligation actuelle et effective, ce qui permettait de la garantir par une hypothèque. En effet, dit la cour, le crédit ne pouvait être *restreint arbitrairement*, encore moins entièrement annulé; et la possibilité de le restreindre pour le futur ne l'empêchait pas d'exister pour le présent. Martou critique cette décision. Il interprète la clause litigieuse en ce sens que, dès la première demande de fonds, le banquier pouvait user de la réserve. Cela est vrai; il est vrai encore que le créancier pouvait user arbitrairement de la faculté qu'il se réservait, car lui seul était juge de son intérêt. Mais il nous semble que Martou va trop loin en ajoutant que rien n'empêchait le banquier de pousser la restriction à tel point qu'elle équivalait à l'annulation du crédit. Si le banquier, au lieu de *restreindre* le crédit, l'avait annulé, en abusant de la

(1) Gand, 11 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 263).

faculté que le contrat lui accordait, le crédité lui aurait rappelé la règle de l'article 1134, d'après laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi, et le juge, au besoin, la lui aurait rappelée et lui aurait appris que violer ses engagements, ce n'est pas les exécuter. Tout ce qui résultait de la clause litigieuse, c'est que le crédité se mettait plus ou moins à la merci du créditeur, mais on ne peut pas dire que le crédit fût annulé; et dès qu'il y a obligation, le crédit est valable et, par suite, l'hypothèque (1).

532. On abuse singulièrement du principe de la condition potestative. L'article 1174 annule l'obligation quand elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige. On a soutenu, devant la cour de Bruxelles et jusque devant la cour de cassation, que l'ouverture de crédit est nulle s'il dépend du crédité d'en user ou de ne pas en user. Cette étrange prétention aboutirait à annuler toute ouverture de crédit, car il dépend toujours du crédité de ne pas en user. La cour de Bruxelles répond en citant l'article 1174; il suffit que la prestation du crédit soit obligatoire pour le créditeur, qui est le débiteur; c'est tout ce que la loi et les principes exigent; quant au crédité, il s'oblige, il est vrai, mais éventuellement, dans le cas où il usera du crédit; au moment même où le crédit est stipulé, le crédité ne s'oblige point; on ne peut donc pas dire qu'il s'oblige sous une condition potestative; il contracte une obligation éventuelle, celle de rembourser les fonds que le créditeur lui avancera; et comme le banquier est obligé de lui faire cette avance, il y a un lien suffisant pour valider l'ouverture de crédit et l'hypothèque qui la garantit (2).

533. Quel est le rang de l'hypothèque consentie pour la sûreté d'un crédit? Cette question était très-controversée sous l'empire du code civil; la loi nouvelle la tranche en ces termes : « L'hypothèque prend rang à la date de son inscription, sans égard aux époques successives de la délivrance des fonds. » Le crédit est stipulé pour dix ans; les

(1) Gand, 29 juillet 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 270). Martou, t. III, p. 121, n° 1022.

(2) Rejet, 12 décembre 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 1, 78, et le réquisitoire de Dewandre, p. 84).

fonds sont délivrés successivement pendant ce délai, selon les besoins du crédité : la question est de savoir si l'hypothèque n'aura rang qu'au fur et à mesure de la délivrance des fonds, de sorte qu'elle aurait un rang différent pour chaque avance. Cette doctrine était professée par nos meilleurs jurisconsultes, Toullier, Merlin, Troplong, Championnière; Aubry et Rau l'avaient adoptée dans leurs premières éditions. Il y a, en faveur de l'opinion générale, un argument qui, au premier abord, paraît décisif. L'hypothèque, en principe, ne peut pas précéder la créance, elle ne peut du moins pas avoir rang avant que l'obligation principale existe. Or, au moment où l'hypothèque est inscrite en vertu du contrat qui la constitue pour sûreté du crédit, le crédité n'a encore rien touché; il n'est donc pas débiteur, il ne le deviendra que lorsque des fonds lui auront été remis, et à chaque remise il contracte une nouvelle dette. Donc l'hypothèque ne peut avoir rang qu'à partir de chaque délivrance de fonds. La loi belge n'a pas admis ce système. Nous en avons dit d'avance la raison. C'est que, du jour de l'ouverture du crédit, le contrat produit un effet à charge du créditeur, qui doit tenir les fonds à la disposition du crédité; il est juste qu'à raison de cette obligation qu'il contracte, il ait une garantie. Si la loi ne la lui accordait pas, il n'y aurait plus d'ouverture de crédit, sauf dans les cas où elle se contracte sans garantie hypothécaire. En effet, le banquier serait obligé, avant de délivrer les fonds, de s'assurer si le crédité n'a point consenti une hypothèque qui le primera; ce serait une entrave permanente aux relations qui naissent de l'ouverture du crédit, et ces entraves sont en opposition avec la rapidité des opérations commerciales. Donc si l'on veut qu'il y ait des ouvertures de crédit, il faut donner au créditeur une garantie réelle qu'il ne doive pas vérifier à chaque avance qu'il fait. Ainsi l'intérêt public justifie le principe consacré par la loi belge, et ce principe n'est pas en opposition avec le droit (1).

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 283, note 71, § 266. Martou, t. III, p. 115, n° 1017. Pont, t. II, p. 156, n° 719. Comparez le Rapport de Lelièvre (*Parent*, p. 145 et suiv.).

534. L'article 80 dit que l'hypothèque a rang à dater de son inscription, sans égard aux époques successives de de la délivrance des fonds. Ainsi les avances faites pendant la dernière année du crédit ont le même rang que celles qui seraient faites le jour même de l'inscription. C'est en ce sens que la loi dit que l'on n'aura aucun égard aux époques successives de la délivrance des fonds. La loi suppose que tout le crédit est épuisé par le crédit : le créancier aura rang pour le total de sa créance, capital, intérêts et frais de commission, à la date de son inscription, peu importe à quelles dates le crédit a touché les deniers. Mais il ne faut pas induire des termes de l'article 80 que le créancier a toujours son hypothèque, à quelque époque qu'il délivre les fonds. Cela n'est vrai que lorsque le contrat n'indique pas de terme pour lequel l'ouverture de crédit est convenue; le contrat s'exécute, dans ce cas, jusqu'à ce que le crédit soit épuisé, et c'est cette obligation ainsi exécutée successivement qui est assurée par l'hypothèque avec rang à partir de son inscription. Mais il arrive souvent que le contrat fixe un terme à l'ouverture du crédit; ce terme modifie la convention en ce sens qu'elle expire quand le terme échoit; partant, la créance garantie par l'hypothèque est celle des avances faites lors de l'échéance, alors même que les parties contractantes auraient continué leurs opérations. En effet, à partir de l'échéance du terme, il se forme une nouvelle ouverture de crédit, expresse ou tacite, la première ayant expiré; or, l'hypothèque a garanti le premier contrat, et elle s'éteint avec ce contrat; donc l'hypothèque ne peut pas garantir les avances faites après le terme convenu, quand même le total des avances ne dépasserait pas le crédit. Les principes le veulent ainsi, et l'intérêt des tiers l'exige également; quand un terme est assigné à l'ouverture du crédit, l'hypothèque n'a d'effet à leur égard qu'avec la modalité du terme; le créancier ne prime les tiers que pour les avances faites lors de l'échéance du terme; pour les avances qu'il fera postérieurement, il sera un simple créancier chirographaire (1).

(1) Cassation, 22 mars 1852 (Dalloz, 1852, 1, 837). Martou, t. III, p. 118, n° 1020. Pont, t. II, p. 149, n° 713.

535. On admet cependant une restriction à cette interprétation du contrat. Si les avances faites en vertu du compte courant, en y comprenant celles faites postérieurement à la prorogation du crédit, s'élèvent à un chiffre inférieur à celui que comprenaient les avances lors de l'expiration du premier crédit, l'hypothèque garantira le solde définitif tel qu'il est arrêté lors du règlement du compte. Cela suppose que le crédit ne se borne pas à toucher des fonds, qu'il fait aussi des versements en acquit de sa dette. Le montant de la dette subit, dans ce cas, des variations; si elle est moindre lors du règlement définitif que lors de l'échéance du premier crédit, les tiers n'ont aucun intérêt à exiger que le compte soit arrêté à cette échéance, puisqu'il en résulterait une situation plus onéreuse pour le crédit. C'est à raison de ce défaut d'intérêt que l'on décide que le créancier aura hypothèque pour le solde définitif du compte, en y comprenant la prorogation (1). Au point de vue de l'intérêt des tiers, cela est vrai. Mais n'est-ce pas avant tout une question de droit? Le crédit est stipulé pour cinq ans; à l'expiration de ce terme, la convention cesse de plein droit; la situation des parties doit donc être arrêtée à ce moment, et c'est le solde du compte qui sera garanti par l'hypothèque dans les limites convenues par l'ouverture de crédit. Si les parties continuent leurs opérations, il se forme un nouveau contrat, auquel l'hypothèque est absolument étrangère. Qu'importent, après cela, la volonté des tiers et leur intérêt? Ils ne peuvent pas étendre au crédit prorogé une hypothèque qui a été constituée pour le crédit primitif; il faudrait un nouveau contrat d'hypothèque entre le créancier et le crédit, et ce nouveau contrat n'aurait d'effet à l'égard des tiers que par une nouvelle inscription; donc il est impossible que l'hypothèque soit invoquée à la fin du compte prorogé, avec le rang qu'elle avait en vertu de son inscription première.

536. L'ouverture de crédit est un emprunt qui se réalise successivement à la volonté de l'emprunteur. Il s'agit

(1) Paris, 21 décembre 1852 (Dalloz, 1853, 2, 80). Martou, t. III, p. 120, n° 1021. Pont, t. II, p. 150, n° 715.

donc d'avances à faire, de fonds à délivrer, ou de traites à accepter. Si, lors de l'ouverture du crédit et de la stipulation de l'hypothèque, les parties conviennent que l'hypothèque garantira les avances déjà faites, il va de soi que la convention recevra son exécution. Mais si l'hypothèque est stipulée pour le crédit ouvert, le créancier ne peut s'en prévaloir que pour les avances qu'il fera postérieurement au contrat. C'est ce que dit un arrêt de la cour de cassation rendu au rapport de d'Ubevi : « Il est incontestable, en droit, que l'hypothèque conférée pour sûreté d'un crédit ouvert ne couvre que les avances à faire en exécution de ce crédit et que le bénéfice n'en peut être étendu, en l'absence d'une stipulation expresse, aux avances faites précédemment par le créancier au crédité. » Toutefois la cour a confirmé l'arrêt attaqué qui avait décidé que l'hypothèque s'appliquait à la créance résultant d'un billet souscrit par le crédité au créancier depuis l'acte de crédit, mais en renouvellement d'un premier billet antérieur à cet acte. La raison de cette apparente exception est que le second billet ne représentait pas l'ancienne dette, il avait pour cause une avance faite en vertu de l'ouverture de crédit (1).

Par application de ce dernier principe, la cour de cassation a jugé que le créancier a hypothèque à la date de son inscription, alors même qu'aucune avance effective n'a été faite en exécution de l'ouverture de crédit, s'il est constant que ce crédit a été réalisé par la remise de billets antérieurement souscrits et escomptés par le débiteur au profit du créancier et arrivés à échéance. « Cette remise, dit l'arrêt de rejet, faite et acceptée en exécution de l'ouverture de crédit, équivaut à un versement de fonds par le créancier au crédité; d'un seul coup elle éteint l'ancienne dette exigible immédiatement, et réalise le crédit en soumettant la créance nouvelle du créancier aux conditions stipulées dans l'acte de crédit. Le créancier exécute son engagement et évite un circuit inutile en consentant à l'extinction des billets, au lieu d'en exiger le remboursement; il agit, dans cette circonstance, comme créancier, et ac-

(1) Rejet, 2 juin 1863 (Daloz, 1863, 1, 337).

quiert, en cette qualité, contre les créanciers une créance nouvelle, exigible seulement dans huit ans, terme de l'ouverture de crédit, mais garantie par l'hypothèque qui garantit le crédit, lequel se trouve ainsi exécuté (1). »

Il résulte de là qu'à vrai dire il n'y a pas d'exception, dans l'espèce, au principe que l'ouverture de crédit, sauf stipulation expresse, ne garantit pas les avances antérieures. La dette de ces avances a été éteinte par une novation, comme le dit la cour de Bruxelles dans un arrêt récent : « L'hypothèque constituée pour sûreté d'un crédit ouvert ne couvre que les avances de fonds faites en exécution de ce crédit. Elle ne garantit le remboursement des remises de fonds antérieures à l'ouverture de crédit que s'il s'opère une novation quant à ces avances, de telle sorte que le créancier acquière, de ce chef, une créance nouvelle contre le crédité. Dans cette hypothèse, les fonds prêtés antérieurement qui sont exigibles peuvent être considérés comme étant maintenus à la disposition du crédité, en exécution de l'ouverture de crédit, d'après les clauses et conditions de ce contrat. » Dans l'espèce, la cour constate qu'il n'y avait pas eu novation entre les parties et qu'aucune avance n'avait été faite; le contrat d'ouverture de crédit était donc une pure fiction (2).

537. L'article 80 dit que la délivrance des fonds pourra être établie par tous moyens légaux. Cette disposition a pour objet de décider une controverse qui existait sous l'empire du code civil. Il y avait des auteurs qui exigeaient que les avances fussent constatées par acte authentique, de même que l'on exigeait l'authenticité pour l'acte qui établit l'ouverture de crédit (n° 529). C'était une double erreur. Le contrat d'hypothèque n'est solennel que pour la constitution de l'hypothèque; quant aux preuves à faire lorsque le créancier hypothécaire veut exercer son droit, elles n'ont rien de commun avec la solennité de l'acte. L'hypothèque, dans l'espèce, garantit les avances qui seront faites en vertu de l'ouverture de crédit. Qu'est-ce qui doit être établi dans la forme authentique? La somme jusqu'à concurrence de

(1) Rejet, 3 août 1870 (Daloz, 1871, 1, 281).

(2) Bruxelles, 27 juillet 1874 (*Pasicrisie*, 1874, 2, 325).