

et dans le délai qu'elle prescrit, pour que les créanciers aient le droit de demander la mise aux enchères de l'immeuble que le tiers acquéreur veut purger. Il y a cependant des arrêts qui ont admis la surenchère sans que l'acquéreur eût commencé la procédure de la purge, sans qu'il eût fait aucune notification. De pareilles décisions déconsidèrent la jurisprudence; elles font croire que rien n'est certain en droit, et que la justice est une loterie où il y a plus de mauvais lots que de bons. On lit dans ces arrêts que la loi ne prescrit pas sous peine de nullité que les notifications doivent précéder les enchères. Nous répondons que si la loi ne le disait pas, le bon sens le dirait : peut-il être question d'une garantie contre l'exercice de la purge, alors qu'il n'y a pas de purge? Qu'importe que la loi ne prononce pas la nullité d'une surenchère faite sans notifications? Il ne s'agit pas de nullité, il s'agit de savoir quand la surenchère est recevable; or, sur ce point, la loi est aussi claire que possible : c'est après que le nouveau propriétaire a notifié aux créanciers la volonté de purger, en offrant son prix aux créanciers inscrits, que ceux-ci peuvent refuser cette offre en requérant la mise aux enchères. Conçoit-on qu'une cour décide que les créanciers ont le droit de refuser des offres qui ne leur sont pas faites? Inutile d'insister davantage, la doctrine n'a tenu aucun compte de ces étranges décisions; elles devraient apprendre une chose aux praticiens, c'est que les arrêts ne sont pas des oracles (1).

N° 2. QUI PEUT SURENCHÉRIR?

486. L'article 115 (code civil, art. 2185) répond : « *Tout créancier dont le titre est inscrit.* » Il faut que le titre soit inscrit, puisqu'il s'agit d'exercer un droit hypothécaire, et l'exercice de l'hypothèque est subordonné à l'inscription, qui seule la rend efficace à l'égard des tiers. De là suit que

(1) Voyez les arrêts de Limoges et de Rennes, cités par Aubry et Rau, t. III, p. 523, note 48, § 294. La cour de Limoges a fini par revenir sur sa jurisprudence. Limoges, 24 avril 1863 (Dalloz, 1863, 2, 173). Comparez Martou, t. IV, p. 152, n° 1498, et Pont, t. II, p. 617, n° 1354.

le fait matériel de l'inscription ne suffit point pour que le créancier ait le droit de surenchérir, il faut que l'inscription soit la manifestation régulière d'un droit hypothécaire. C'est ce que la cour de Caen a très bien établi. En principe, quand la loi exige un acte comme base d'une action, elle entend un acte régulier conforme à ses prescriptions; c'est en ce sens qu'elle dit que les créanciers *inscrits* sur un immeuble ont le droit de suite; l'inscription doit être efficace, et elle ne l'est que si elle est prise pour la conservation d'un droit efficace et dans les délais et selon les formes requises par la loi. Si une inscription était prise pour une créance hypothécaire, alors que l'hypothèque serait nulle, ou la créance éteinte, le créancier ne pourrait certes pas exercer le droit de suite, car c'est son hypothèque qui lui donne ce droit, ce n'est pas l'inscription, l'inscription n'est que la manifestation légale du droit. On objectait, dans l'espèce jugée par la cour de Bourges, que la surenchère, une fois notifiée, existe dans l'intérêt de tous les créanciers inscrits, de sorte que le désistement du créancier qui a surenchéri ne les priverait pas du bénéfice de la surenchère; et on en prétendait induire que l'inscription suffisait pour valider la surenchère au profit des autres créanciers. C'était très-mal raisonner; si la surenchère profite à tous les créanciers, c'est sous la condition qu'elle soit valable; si elle est nulle, il faut appliquer le principe que ce qui est nul ne produit aucun effet (1).

Ainsi la surenchère serait nulle si l'inscription avait été faite à une époque où la loi ne permet plus de la prendre, par exemple après la transcription de l'acte translatif de propriété, en vertu duquel le tiers détenteur possède l'immeuble. Le créancier a, dans ce cas, une hypothèque, mais c'est une hypothèque inefficace, puisqu'elle ne peut plus être inscrite, et sans inscription il n'y a point d'action hypothécaire. Par application du même principe, il a été jugé que la surenchère est nulle lorsque l'inscription a été faite sans être fondée sur la loi ni sur un titre; on peut

(1) Caen, 29 février 1844 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 216). Pont, t. II, p. 609, n° 1340.

dire que cette inscription est inexistante, car elle est fondée sur le néant, et elle-même est le néant. Il en serait de même si le titre était éteint; sans titre, il ne saurait y avoir d'inscription, et celle qui serait prise n'aurait qu'une apparence d'existence; en réalité, ce serait le néant (1).

487. Il a été jugé que le créancier qui a donné mainlevée de l'inscription peut encore surenchérir tant que l'inscription n'est pas radiée. Cela peut se soutenir si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que la mainlevée n'a d'effet qu'après que la radiation a été opérée sur les registres (n° 225); il y a, dans ce cas, une inscription véritable, efficace; par conséquent, on est dans les termes de la loi. La cour de cassation ne paraît pas l'entendre ainsi; elle a décidé, en termes absolus, que le *titre apparent, quel qu'il soit*, donne au créancier le droit de surenchérir (2). Cette décision est critiquée par tous les auteurs, et avec raison (3). Quand la loi exige que le titre soit *inscrit* pour que le créancier puisse surenchérir, elle ne se contente pas d'une apparence d'inscription, elle veut une inscription réelle, efficace; or, si l'on admet que la mainlevée suffit pour que l'inscription soit effacée, il faut en conclure que le créancier qui a donné mainlevée n'a plus de titre inscrit et que, partant, il ne peut surenchérir.

488. Une inscription périmée est considérée comme n'ayant jamais été prise; donc le créancier ne peut plus surenchérir, quand même l'inscription ne serait pas radiée; elle l'est en vertu de la loi, puisqu'elle perd tous ses effets. Il en serait ainsi alors même que l'inscription aurait encore été efficace lors de la vente et de la transcription, mais qu'elle fût périmée lors de la surenchère; car c'est au moment où le créancier surenchérirait qu'il doit avoir le droit d'agir. Le contraire a été jugé par la cour de Liège; elle dit que le créancier avait un droit acquis (4). Cela n'est pas exact; il n'y a pas de droit acquis en matière d'inscription

(1) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 128, n° 1456, et Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 49.

(2) Rejet, 23 avril 1807 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 48).

(3) Delvincourt. Persil, Martou (t. IV, p. 128, n° 1456).

(4) Liège, 7 juillet 1817 (*Pasicrisie*, 1817, p. 153). En sens contraire, Martou, t. IV, p. 126, n° 1453.

hypothécaire, en ce sens que l'inscription nécessaire pour l'exercice d'un droit doit nécessairement exister au moment où ce droit est exercé.

489. Que faut-il décider si l'inscription ne s'est périmée qu'après la mise aux enchères? Il est certain que, dans ce cas, le créancier a eu le droit de surenchérir et que la surenchère est valable. La difficulté est de savoir qui y peut donner suite. A notre avis, le créancier dont l'inscription se périmait ne peut plus figurer dans la procédure. Quel est son but en surenchérissant? C'est que l'immeuble soit porté à sa véritable valeur, afin qu'il puisse jouir de son droit de préférence sur le prix; or, ce droit, il ne peut l'exercer que si son inscription est conservée; si elle est périmée, il n'est plus considéré que comme créancier chirographaire, et, comme tel, il n'a aucun des droits attachés à l'hypothèque. Les autres créanciers pourront profiter de la surenchère en poursuivant la vente; en effet, il est de principe (art. 120; code civil, art. 2190) que la surenchère faite par l'un des créanciers profite aux autres; nous reviendrons plus loin sur ce point.

La jurisprudence française est en ce sens (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique qui décide, en termes absolus, que le créancier dont le titre était inscrit lors de la surenchère peut continuer la procédure, quand même son inscription viendrait à se périmer (2). La décision a été critiquée (3), et il nous semble aussi qu'elle manque de l'exactitude qui distingue la jurisprudence de notre cour suprême. La cour pose en principe que l'inscription est principalement requise pour assurer le droit de préférence. Cela est déjà trop absolu; sans doute l'objet principal de l'hypothèque et, par conséquent, de l'inscription est de donner et de conserver au créancier un droit de préférence; mais ce droit s'exerce de différentes manières, selon que l'immeuble est dans les mains du débiteur ou dans celles d'un tiers détenteur, et selon que ce tiers détenteur purge

(1) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 128, n° 1454. Comparez Pont, t. II, p. 609, n° 1341.

(2) Re, et, 13 janvier 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 259).

(3) Martou, t. IV, p. 127, n° 1454.

ou ne purge pas. La loi subordonne le droit de suite à l'inscription (art. 96, code civil, art. 2166); c'est dire que le droit hypothécaire contre le tiers ne peut être exercé que si l'hypothèque est inscrite; or, en cas de purge, le créancier hypothécaire exerce son droit par la surenchère; donc il faut que son titre soit inscrit au moment où il agit, non-seulement au moment où il requiert la mise aux enchères, mais jusqu'à ce que la purge soit consommée par la vente et par la distribution du prix aux créanciers inscrits. La cour de cassation dit que la loi n'exige d'autre condition pour la validité de la surenchère que l'inscription du titre; que c'est ajouter à la lettre de la loi que de faire dépendre l'efficacité de la surenchère de la non-péremption de l'inscription. L'objection nous surprend. Est-ce que par hasard la surenchère est accomplie au moment où le créancier la notifie aux parties intéressées? Non, certes, la surenchère commence une nouvelle phase dans la procédure de la purge; elle consiste dans l'exercice de l'action hypothécaire, et elle tend à la vente forcée de l'immeuble sur le tiers détenteur: est-ce qu'un créancier hypothécaire peut exproprier le tiers détenteur sans que son titre soit inscrit? Il est de principe que le créancier doit renouveler son inscription jusqu'à l'adjudication; donc, s'il laisse périmer son inscription pendant le cours de la procédure, il est déchu de son droit hypothécaire (n° 142). Ce n'est pas là ajouter à la loi, c'est l'appliquer. La cour objecte que, dans l'opinion que nous soutenons, on confond l'effet des inscriptions, quant à l'exercice du droit de préférence, avec l'exercice du droit de surenchérir; ce dernier droit, dit la cour, n'est assujéti, d'après le texte de la loi, qu'à une seule condition, l'existence d'une inscription au moment de la réquisition du créancier. La réponse est simple, et elle nous paraît péremptoire; c'est que la cour divise ce qui est indivisible, l'exercice de l'action hypothécaire; elle commence par la surenchère, elle se poursuit pendant la procédure en expropriation, elle se termine par l'adjudication et le paiement du prix, c'est-à-dire par l'exercice du droit de préférence; toute la poursuite est donc l'exercice d'un seul et même droit, du droit hypothécaire: conçoit-on que ce droit,

que la loi subordonne à l'inscription, puisse être exercé alors que l'inscription n'existe plus?

490. La loi dit que *tout* créancier dont le titre est inscrit peut surenchérir. C'est à dessein qu'elle se sert de cette expression générale; si elle avait dit que les créanciers inscrits ont le droit de surenchère, le tiers acquéreur aurait pu prétendre que les créanciers n'ont ce droit que s'ils y ont intérêt; or, il se pourrait que la surenchère n'eût aucune utilité pour celui qui la fait: tel serait le cas où le créancier ne peut pas venir en ordre utile, malgré la surenchère, parce que l'immeuble est grevé de charges hypothécaires beaucoup au delà de sa valeur. Si la mise aux enchères ne profite pas à celui qui l'a provoquée, elle profitera à d'autres créanciers qui, d'après les offres du tiers acquéreur, n'auraient reçu qu'un paiement partiel.

Faut-il aller plus loin et dire que la surenchère serait valable, alors même qu'elle serait évidemment inutile, la somme offerte par le nouveau propriétaire étant suffisante pour désintéresser tous les créanciers? On l'enseigne (1); il nous répugne d'admettre un droit qui serait en opposition avec l'essence de la surenchère. Pourquoi la loi l'organise-t-elle? Elle donne aux créanciers le droit de surenchérir, à titre de garantie, contre les offres insuffisantes du tiers acquéreur qui purge. Si ces offres sont suffisantes, la surenchère n'a plus de raison d'être. A quoi aboutirait cette surenchère? A évincer le tiers acquéreur, alors que ceux qui l'évinceraient pourraient être désintéressés sans recourir à la vente forcée. Ce serait une expropriation faite sans raison, par caprice, ou pour évincer le tiers acquéreur et se mettre à sa place. Tout cela est inadmissible. Vainement dit-on que la loi laisse à chaque créancier le soin d'apprécier l'intérêt qu'il peut avoir à exercer la surenchère. Nous répondons que la loi suppose qu'il y a un intérêt, car toute garantie implique un intérêt à sauvegarder, et l'on avoue que les créanciers sont sans intérêt aucun. Les arrêts qu'on cite ne disent pas ce qu'on leur fait dire; ils supposent que

(1) Martou, t. IV, p. 167, n° 1520. Pont, t. II, p. 608, n° 1339, d'après Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 51 Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 59, § 294

le créancier qui surenchérit est sans intérêt; ils ne disent pas que tous les créanciers sont sans intérêt aucun (1).

491. La règle que tout créancier inscrit peut surenchérit reçoit des exceptions qui résultent des principes généraux. Celui qui doit garantir ne peut pas évincer; or, la surenchère conduit à l'éviction de l'acquéreur. De là suit que le vendeur ne peut pas requérir la surenchère; tenu à garantir l'acheteur contre l'éviction, il ne peut pas lui-même l'évincer (2).

Il en serait de même si le créancier qui surenchérit avait renoncé au droit de surenchère; ce qui peut se faire expressément ou tacitement. La renonciation serait tacite si le créancier avait approuvé les conditions de la vente et accepté, par conséquent, comme suffisant le prix que l'acheteur s'oblige à payer; il y aurait contradiction à surenchérit par le motif que le prix est insuffisant, alors que le créancier l'aurait approuvé d'avance comme suffisant. Quand peut-on admettre que le créancier approuve le prix et l'accepte? Nous avons déjà bien des fois répondu à une question analogue: la difficulté est de fait et non de droit. Les auteurs disent que le concours du créancier à la vente emporte renonciation au droit de surenchère (3). A notre avis, la décision est trop absolue; c'est une question d'intention, donc la décision dépend des circonstances de la cause. Les renonciations sont toujours de la plus stricte interprétation; il faut donc que le concours du créancier dans le contrat de vente ne puisse pas recevoir une autre interprétation que celle de sa volonté de renoncer. Il est inutile de discuter des espèces, tout, en cette matière, dépendant des circonstances de la cause (4).

492. Le créancier à terme ou conditionnel peut-il surenchérit? Quant au créancier à terme, l'affirmative est certaine; il est créancier, il peut donc exercer tous les droits attachés à sa créance, sauf qu'il n'a pas le droit

(1) Voyez les arrêts dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 51.

(2) Voyez les arrêts cités par Pont, t. II, p. 613, note 3, n° 1346, et les autorités citées par Aubry et Rau, t. III, p. 524, note 56, § 294.

(3) Pont, t. II, p. 611, n° 1345, et note 4. Aubry et Rau, t. III, p. 524, note 57, § 294, et les autorités qu'ils citent.

(4) Voyez les arrêts cités par Martou, t. IV, p. 565, n° 1515.

d'exiger le paiement si le terme est stipulé dans l'intérêt du débiteur. Or, celui qui surenchérit ne demande pas le paiement, il veille seulement à ce que toute la valeur de l'immeuble lui soit payée quand sa créance sera échue. En ce sens, la surenchère est un acte conservatoire; à ce titre, le créancier conditionnel peut l'exercer. On objecte que la condition suspend l'existence de l'obligation. Cela est vrai pour les actes qui constituent l'exécution de l'obligation; cela n'est pas exact pour les actes conservatoires, puisque la loi permet au créancier conditionnel de les faire (article 1180); or, surenchérit est, en un certain sens, un acte de conservation, puisque c'est une garantie que la loi donne au créancier pour sauvegarder ses intérêts: en surenchérit, le créancier conserve son droit à l'intégralité de la valeur de l'immeuble, valeur à laquelle il a droit en vertu de son hypothèque (1).

493. Tout créancier inscrit peut surenchérit, soit par lui-même, soit par un mandataire. Le n° 4 de l'article 115 (code civil, art. 2185) veut que la procuration soit expresse; et, d'après l'article 1988, le mandat doit être exprès quand il s'agit d'un acte de disposition, tandis qu'un mandat général suffit pour les actes d'administration. Cela prouve que, dans l'esprit de la loi, la surenchère est assimilée, comme fait juridique, à un acte de disposition. Nous reviendrons sur ce point. Quand la procuration est-elle expresse? C'est une question d'interprétation, donc la décision dépend de l'appréciation du juge (2).

Faut-il aussi que le mandat soit authentique? L'article 115 (code civil, art. 2185) le suppose, puisqu'il veut que le mandataire qui signe les exploits par lesquels la surenchère est signifiée aux parties intéressées donne copie de la procuration, et on ne donne copie que des actes authentiques. Tel est d'ailleurs l'esprit de notre loi hypothécaire; dans tous les cas où un mandataire intervient dans un acte authentique, elle prescrit aussi l'authenticité de la procuration (art. 2, 76, 92). Or, la surenchère doit être signifiée par acte d'huissier; c'est donc un acte solennel, et, par

1) Aubry et Rau, t. III, p. 524, § 294.

(2) Voyez les arrêts cités et discutés par Martou, t. IV, p. 130, n° 1460.

suite, la volonté du créancier qui surenchérit doit être constatée dans la forme authentique.

494. Les cessionnaires et les tiers subrogés aux droits du créancier hypothécaire ont le droit de surenchérit, puisqu'ils exercent tous les droits de celui qui leur a cédé sa créance, ou qui les a subrogés. Il faut, d'après la loi belge, que la cession ou la subrogation soient authentiques et rendues publiques par la voie de l'inscription. En effet, la cession d'une créance hypothécaire et la subrogation à un droit semblable ne peuvent être opposés aux tiers que sous ces conditions (art. 5); or, les acquéreurs contre lesquels le cessionnaire ou le subrogé requièrent la mise aux enchères sont des tiers; le nom spécial qui les désigne est celui de *tiers* détenteurs (art. 97; code civil, art. 2167). L'article 5 de la loi doit donc recevoir son application (1).

On l'applique aussi aux prête-nom, cessionnaires en apparence, quoiqu'ils ne soient que mandataires à l'égard du propriétaire de la créance. L'acte apparent pouvant seul être opposé aux tiers, il s'ensuit qu'ils sont considérés comme propriétaires, et exercent tous les droits attachés à la propriété; donc ils peuvent surenchérit. Cela suppose que la cession faite au prête-nom n'est pas entachée de fraude, c'est-à-dire qu'elle n'a d'autre but que de ne pas faire figurer le mandant dans la procédure de purge. Si la simulation avait pour objet de faire fraude à la loi, en donnant le pouvoir au prête-nom de surenchérit au nom d'un mandant qui n'en aurait pas le droit, le tiers acquéreur pourrait demander la nullité de la surenchère; la fraude fait exception à toutes les règles, en ce sens que la loi permet toujours de demander la nullité des actes faits en fraude de ses dispositions (2).

495. La caution peut-elle surenchérit? En sa qualité de caution, elle n'a pas ce droit, puisqu'elle n'est pas créancier inscrit, comme le veut la loi; la caution ne peut donc être admise à surenchérit qu'en vertu de la subrogation que la loi lui accorde quand elle a payé. Il suit de là que

(1) Martou enseigne que les cessionnaires peuvent surenchérit avant d'être saisis à l'égard des tiers (Martou, t. I, n° 205).

(2) Martou, t. IV, p. 130, n° 1461, et les arrêts qu'il cite.

ant qu'elle n'a pas payé, elle ne peut pas surenchérit (1).

496. Les créanciers chirographaires peuvent exercer le droit de surenchère au nom de leur débiteur. C'est l'application du droit commun. Nous renvoyons, quant au principe, au titre des *Obligations*.

497. L'exercice du droit de surenchère par les personnes qui en ont le droit suppose qu'une notification a été faite aux créanciers hypothécaires. Si un créancier était omis sur le certificat que le conservateur délivre au tiers acquéreur qui purge, cette omission n'empêcherait pas le créancier omis de surenchérit, en justifiant de son droit. C'est la disposition de la loi belge (art. 129), sur laquelle nous reviendrons au chapitre qui traite de la responsabilité du conservateur.

N° 2. DE LA CAPACITÉ REQUISE POUR SURENCHÉRIR.

498. Il règne une grande incertitude sur cette question dans la doctrine et dans la jurisprudence; on ne s'entend pas sur le principe, et, partant, on doit être en désaccord sur les applications. La difficulté est de savoir quelle est la nature de l'acte par lequel un créancier requiert la mise de l'immeuble aux enchères publiques : est-ce un acte de conservation? est-ce un acte d'administration, ou est-ce un acte de propriété? Nous avons dit en quel sens la surenchère est un acte conservatoire; elle tend à rendre efficace et, en ce sens, à conserver la garantie hypothécaire; mais il ne suit pas de là que surenchérit soit un acte de conservation, dans le sens propre du mot. On entend par actes conservatoires les actes qui sont nécessairement profitables à ceux qui les font et qui ne peuvent jamais leur nuire; la conséquence qui en résulte est que les incapables peuvent faire les actes de conservation. Telle est l'inscription hypothécaire (t. XXX, n°s 303 et 400). Un acte conservatoire implique donc que celui qui le fait ne contracte aucune obligation, car les incapables ne peuvent pas s'obliger; voilà pourquoi les mineurs et les femmes mariées

(1) Grenoble, 8 juillet 1834 (Dalloz, au mot *Surenchère*, n° 60).