

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).

peuvent requérir l'inscription de l'hypothèque que la loi leur donne. Telle n'est certes pas la surenchère. Car le requérant doit s'engager à porter le prix à un vingtième en sus de celui que le nouveau propriétaire a offert aux créanciers. Cela est décisif.

La surenchère est-elle un simple acte d'administration? C'est une opinion assez généralement admise (1). La cour de cassation l'a rejetée, et, nous croyons, avec raison. D'abord surenchérir est l'exercice d'un droit immobilier, puisque le droit de surenchère n'appartient qu'aux créanciers hypothécaires dont le titre est inscrit; or, l'exercice d'une action immobilière dépasse les bornes du pouvoir d'administration. Le tuteur administre les droits du pupille; néanmoins il ne peut introduire en justice une action relative aux droits immobiliers du mineur (art. 464). On objecte que surenchérir n'est qu'une promesse d'acheter; or, acheter est un acte d'administration, et surenchérir est un acte de bonne gestion, puisque, en promettant d'acheter, le requérant conserve en même temps sa créance si l'immeuble hypothéqué est porté à une valeur plus grande que celle qui a été déclarée par le nouveau propriétaire. Nous répondons que par cela même la surenchère est un acte aléatoire; si l'enchère du créancier est couverte par une surenchère plus forte, il est dégagé de sa promesse; mais s'il ne se présente pas de surenchérisseur, il sera tenu de remplir son engagement; déclaré adjudicataire, il devra payer un prix qui dépasse peut-être ses moyens; s'il ne peut pas payer, il sera poursuivi comme fol enchérisseur. Ce n'est pas là une acquisition immobilière telle qu'on la fait ordinairement; le créancier se porte acquéreur sans avoir eu l'intention d'acquérir l'immeuble, et uniquement pour sauver sa créance; mais il ne la sauve qu'en contractant une nouvelle obligation, qui peut lui être très-onéreuse. Est-ce bien là un acte d'administration (2)?

Si la surenchère n'est pas un acte d'administration, en

(1) Martou, t. IV, p. 160, n° 1512.

(2) Rejet, 16 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2564). Riom, 6 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 455). Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 565, note 61, § 294; Pont, t. II, p. 610, n° 1342.

faut-il conclure que c'est un acte de disposition ou de propriété? En général, on distingue les actes qu'une personne incapable ou un administrateur peut faire en actes de disposition et actes d'administration. Ainsi on dit du mineur qui agit sans l'autorisation de son tuteur qu'il peut attaquer, pour cause de lésion, les actes d'administration qu'il fait; tandis qu'il ne peut attaquer les actes de disposition que par l'action en nullité. La loi établit cette distinction très-nettement quand il s'agit du pouvoir d'un mandataire ou administrateur: « Le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les *actes d'administration*. S'il s'agit d'*aliéner* ou *hypothéquer*, ou de *quelque autre acte de propriété*, le mandat doit être exprès » (art. 1988). Or, la loi, en parlant de la surenchère, exige un *mandat exprès* si le créancier veut l'exercer par un mandataire (art. 115, n° 4; code civil, art. 2185, 4°). Cela nous paraît décisif. Vainement objecterait-on que le créancier qui surenchérit ne dispose de rien, qu'il se porte seulement adjudicataire éventuel; nous avons répondu d'avance à l'objection; la surenchère est un acte très-dangereux, précisément à raison des éventualités qui l'accompagnent; et, à cause de ces dangers, c'est un acte qui dépasse le pouvoir d'administration; de là la conséquence légale que c'est un acte de disposition. Nous avons déjà remarqué qu'en matière d'hypothèques la loi se montre plus rigoureuse que dans les cas ordinaires. Ainsi le tiers détenteur qui délaisse ne dispose de rien, il abdique seulement la détention de l'immeuble, dont il conserve la propriété et la possession; et néanmoins la loi exige qu'il ait la capacité d'aliéner pour que le délaissement soit valable. Notre conclusion est que la surenchère est un acte de disposition, légalement parlant, c'est-à-dire un acte que la loi assimile à un acte de disposition.

499. Les applications présentent de nouveaux doutes. Nous commençons par les administrateurs; ce n'est guère qu'à leur égard que la question se présente dans la pratique. Le tuteur peut-il surenchérir sans autorisation ni homologation? Si l'on admet notre principe, la négative est certaine, mais l'opinion que nous venons d'énoncer est isolée ou à peu près. Grenier est le seul auteur qui exige une

autorisation du conseil de famille et une homologation du tribunal; encore les motifs qu'il donne sont-ils peu juridiques, ce sont des considérations à l'adresse du législateur plutôt que de l'interprète. Aubry et Rau se contentent de l'autorisation du conseil, en se fondant sur la nature immobilière de l'action hypothécaire. Cela serait très-juste si la surenchère était le simple exercice de l'action hypothécaire; c'est, à vrai dire, un acte d'une nature spéciale que le législateur aurait dû ranger dans l'une des catégories des actes qu'il permet au tuteur de faire avec certaines formalités; dans le silence de la loi, il faut s'en tenir à la seule indication que les textes nous fournissent, celle de l'article 115, n° 4 (code civil, art. 2185, 4°). Il y a des auteurs qui permettent au tuteur de surenchérir sans autorisation aucune, en considérant la surenchère comme un acte d'administration (1).

La jurisprudence est divisée. Il y a des arrêts qui permettent au tuteur de surenchérir, parce qu'aucune loi ne lui défend d'acquérir pour son pupille (2); d'autres disent parce que c'est une action mobilière (3), tandis que la cour de Riom exige une autorisation du conseil de famille, par la raison que la surenchère est une action immobilière (4). Ainsi l'on ne s'entend pas même sur la nature de l'action que le créancier exerce. Le droit dont il poursuit l'exercice est certainement mobilier, puisque c'est une créance; mais il en poursuit le paiement par l'action hypothécaire, donc son action est immobilière; et dès que l'action est immobilière, on ne peut plus assimiler la surenchère à un acte d'administration. C'est, il est vrai, une promesse d'acheter, mais cette promesse est entourée de tant de mauvaises chances que l'on ne peut plus y voir un simple acte d'acquisition.

500. Le mari, administrateur légal, peut-il surenchérir? La cour de cassation exige le consentement de la

(1) Grenier, t. II, p. 222, n° 459. Aubry et Rau, t. III, p. 526, note 66. § 294. Comparez Martou et Pont, aux passages cités page 462, notes 1 et 2.

(2) Rouen, 6 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 201).

(3) Bourges, 2 avril 18 2 (Dalloz, 1855, 2, 110).

(4) Riom, 6 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 5, 454).

femme. Les auteurs sont divisés; les uns disent que la femme ne doit pas intervenir, puisque c'est le mari qui administre ses biens et qui est chargé de veiller à ses intérêts; les autres, considérant l'action du mari comme immobilière, la lui refusent sous le régime de communauté, tandis qu'ils la lui accordent sous le régime dotal (1). Dans notre opinion, il va sans dire que la femme peut surenchérir avec autorisation maritale. De sorte qu'il y a à peu près autant d'avis que d'auteurs. La question est cependant moins douteuse pour la femme que pour le tuteur. Les pouvoirs du tuteur, ou, si l'on veut, son incapacité varie d'après la nature différente des actes qu'il est appelé à faire: tantôt il gère seul, tantôt il lui faut l'autorisation du conseil de famille, tantôt cette autorisation doit encore être homologuée, et parfois la loi exige de plus des formalités spéciales; en présence de ces distinctions, il est difficile de classer la surenchère; le législateur aurait dû le faire. Il n'en est pas de même du mari, il administre sans formalité aucune, et dès que l'acte n'est pas un acte d'administration, il est sans pouvoir. Or, l'exercice d'une action immobilière n'est pas un acte d'administration, dans la théorie du code civil; la loi, par exception, permet au mari sous le régime dotal, d'exercer les droits immobiliers de la femme, elle ne le permet pas au mari sous le régime de communauté. Cela nous paraît décisif. Il faut ajouter que la surenchère, quoiqu'elle aboutisse à acquérir un immeuble pour la femme, peut difficilement être assimilée à un acte d'administration. Le emploi que le mari fait pour la femme est aussi une acquisition d'immeuble; néanmoins la loi exige le consentement de la femme; à plus forte raison doit-on l'exiger quand il s'agit d'une acquisition aussi anormale et aussi chanceuse que celle qui suit la surenchère.

501. Quant aux incapables, il y a de nouvelles incertitudes. On enseigne que les mineurs émancipés et les prodiges peuvent surenchérir avec l'assistance de leur curateur ou de leur conseil (2). Pour les prodiges et les

(1) Martou, t. IV, p. 163, n° 1513. Aubry et Rau, t. III, p. 526, notes 68 et 69, § 294.

(2) Pont, t. II, p. 610, n° 1344. Aubry et Rau, t. III, p. 526, § 294.

faibles d'esprit, cela n'est pas douteux, puisqu'ils peuvent aliéner et hypothéquer quand ils sont assistés. Dans l'opinion qui assimile la surenchère à un acte d'administration, on devrait permettre à ces incapables de surenchérir sans assistance aucune. Pour le mineur émancipé, il y a un texte très-restrictif, c'est l'article 484 qui leur interdit de faire aucun acte, sauf ceux de *pure* administration, sans observer les formes que la loi prescrit pour les mineurs non émancipés; et, d'après ce que nous venons de dire, il nous paraît impossible d'assimiler la surenchère à un acte de *pure* administration : ce qui est décisif.

Quant à la femme mariée, il va sans dire qu'elle ne peut surenchérir sans autorisation, puisque la surenchère implique une obligation, et une obligation très-dangereuse; or, la femme ne peut pas s'obliger sans autorisation maritale. Il n'y a de doute que lorsque la femme a, en vertu de son contrat de mariage, la libre administration de ses biens : on enseigne et on juge que la femme séparée ne peut surenchérir qu'avec l'autorisation de son mari (1). Cela est très-inconséquent, si l'on admet que surenchérir est un acte d'administration, puisque la loi dit de la femme séparée qu'elle a la libre administration de ses biens. Dans notre opinion, il est certain que la femme séparée ne peut surenchérir sans autorisation, puisque la surenchère est assimilée par la loi à un acte de disposition.

Il se présente une autre difficulté pour la femme commune qui obtient la séparation de biens par jugement. On admet généralement que le jugement qui prononce la séparation autorise la femme à faire tous les actes d'exécution, sans qu'elle ait besoin de l'autorisation maritale, et l'on applique ce principe à la surenchère que la femme fait sur un immeuble vendu par son mari, car, dit-on, la surenchère a pour objet d'exercer ses droits de reprises (2). Martou critique l'opinion générale, et avec raison. Si la femme peut faire, sans y être autorisée, les actes d'exé-

(1) Martou, t. III, p. 161, n° 1513. Pont, t. II, p. 610, n° 1344. Comparez Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 62, § 294.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 525, note 62, § 294, et les autorités qu'ils citent. En sens contraire. Martou, t. IV, p. 162, n° 1513.

tion, c'est que le juge l'y autorise implicitement, puisque la loi même lui fait un devoir de commencer l'exécution dans la quinzaine. Mais surenchérir n'est certes pas un acte d'exécution, tel qu'une saisie, c'est l'exercice de l'action hypothécaire de la femme, et c'est un acte qui peut lui être utile, mais qui peut aussi lui être préjudiciable. La surenchère reste donc sous l'empire du droit commun.

502. Il reste une dernière difficulté dans cette matière qui est difficile, parce que le législateur a négligé de la régler. Quand un incapable fait une surenchère, l'acte est nul, d'après le droit commun. Qui peut se prévaloir de la nullité? Nous croyons qu'il faut appliquer l'article 1125, aux termes duquel le mineur et la femme mariée peuvent seuls attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements, dans les cas prévus par la loi; ceux qui contractent avec eux ne le peuvent pas; le tiers acquéreur ne pourrait donc pas se prévaloir de l'incapacité du créancier pour demander la nullité de la surenchère. La jurisprudence est en ce sens et la solution ne nous paraît pas douteuse (1). En effet, surenchérir c'est promettre d'acheter, et la promesse devient une vente si l'enchère n'est pas couverte. On se trouve donc dans les termes de l'article 1125. On applique le même principe au cas où le tuteur aurait surenchéri sans autorisation du conseil de famille; toutefois, sur ce point, il y a controverse et doute. Le texte de l'article 1125 n'est plus applicable, puisque le tuteur n'est pas un incapable; mais le mineur est incapable, et c'est à raison de son incapacité qu'il est représenté par son tuteur et que celui-ci doit observer certaines formes dont le but est de garantir les intérêts de l'incapable; quand donc l'acte fait par le tuteur est attaqué pour vice de formes, il est en réalité pour incapacité, ce qui permet d'appliquer l'article 1125.

Mais de ce que les tiers ne peuvent pas demander la nullité de la surenchère faite irrégulièrement par le tuteur, il ne faut pas conclure que le tiers acquéreur qui purge

(1) Grenoble, 11 juin 1825 (Daloz, au mot *Surenchère*, n° 66). Rejet, 14 juin 1843 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1997).

est sans droit quand le tuteur procède à la vente en vertu d'une surenchère qu'il n'avait pas le pouvoir de consentir. Le tuteur se trouve sans qualité, dans ce cas, pour procéder à la vente; or, le tiers acquéreur peut opposer à celui qui veut l'évincer qu'il est sans qualité pour agir. Nul, dit Troplong, n'est tenu de répondre à une demande formée par un incapable (1). Or, sous l'empire du code, la surenchère était suivie d'une procédure judiciaire, puisque l'adjudication se faisait en justice.

Ceci fait naître une nouvelle question. Le tiers acquéreur oppose au requérant le défaut de qualité. Celui-ci pourra-t-il régulariser sa position en remplissant la formalité prescrite; par exemple, le tuteur en se faisant autoriser par le conseil de famille? Il est certain que si l'on se trouve encore dans le délai de quarante jours que la loi accorde aux créanciers pour surenchérir, le requérant peut régulariser sa demande, car il serait en droit de faire une surenchère nouvelle. On admet même qu'après ce délai la procédure peut encore être régularisée (2). Dans l'opinion que nous avons enseignée sur l'autorisation maritale (t. III, nos 166 et 168), cela n'est pas douteux; celui qui est appelé à consentir peut aussi approuver; et dès qu'il approuve, l'incapacité est couverte, et le vice qui entachait l'acte est purgé.

N° 4. DANS QUEL DÉLAI LA SURENCHÈRE DOIT-ELLE SE FAIRE ?

503. Aux termes de l'article 115 (code civil, art. 2185), la surenchère doit se faire « dans les quarante jours au plus tard de la notification faite aux créanciers par le nouveau propriétaire ». Les termes de la loi impliquent que le délai est de rigueur, de sorte qu'après ce délai les créanciers ne peuvent plus surenchérir. D'ailleurs l'article 115 (code civil, art. 2185) ajoute à la fin : « le tout à peine de nullité. » Donc le délai aussi est prescrit à peine de déchéance. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. C'est

(1) Troplong, t. IV, n° 455, et tous les auteurs.

(2) Martou, t. IV, p. 164, n° 1514. Aubry et Rau, t. III, p. 525 et suiv., et note 63, et les autorités qu'ils citent.

pour affermir la propriété dans les mains de l'acquéreur que la loi a organisé la purge; il faut donc que la procédure soit activée, sinon elle prolongerait l'incertitude de la propriété; car, tant que les créanciers n'ont pas pris de parti sur la surenchère, le droit de propriété du tiers détenteur est incertain. C'est l'opinion unanime (1).

504. La loi dit que le délai de quarante jours commence à courir à partir de la notification que le nouveau propriétaire fait pour déclarer aux créanciers qu'il leur offre son prix (art. 115). Cette notification s'adresse à chaque créancier individuellement; il suit de là que le délai de quarante jours est aussi un délai individuel, en ce sens qu'il court pour chaque créancier, à partir du jour où il a reçu la notification. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et en principe, cela est d'évidence (2). Les créanciers prétendaient qu'ils étaient recevables à surenchérir tant que d'autres créanciers, auxquels la notification avait été faite postérieurement, pouvaient user de ce droit. Il est vrai que la surenchère faite par l'un des créanciers profite à tous, ce qui implique un certain lien de solidarité entre les divers créanciers inscrits, mais cela suppose que la surenchère est faite légalement; dans ce cas, elle profite même à ceux qui n'auraient pas pu surenchérir parce qu'ils ne se trouvaient pas dans le délai légal. Mais de là on ne peut pas induire que ceux qui sont déchus peuvent encore surenchérir. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il y avait un motif de douter très-sérieux, à notre avis. Le nouveau propriétaire, en faisant les notifications prescrites par la loi, avait omis l'un des créanciers inscrits. Il ne se contenta pas de faire une notification au créancier omis, il renouvela même celle qui avait été faite régulièrement. L'un des créanciers surenchérit dans le délai de quarante jours après les nouvelles notifications, mais le délai était expiré si l'on tenait compte des premières. Il a été jugé

(1) Martou, t. IV, p. 160, n° 1510. Pont, t. II, p. 618, n° 1354. Cassation, 15 mars 1837 (Daloz, au mot *Surenchère*, n° 104, 2°).

(2) Rejet, 10 mai 1853 (Daloz, 1853, I, 153). Martou, t. IV, p. 154, nos 1500 et 1501. Pont, t. II, p. 617, nos 1354 et 1355. Aubry et Rau, t. IV, p. 526 et suiv., et note 70, § 294.