

194. Si les deux contrats étaient passés le même jour (il faut tout prévoir, même les circonstances peu vraisemblables, quand elles ne sont pas impossibles), on retomberait forcément alors dans le champ des présomptions; et, comme nous supposons que celles dont nous avons parlé au n° 192 font défaut, nous en apercevons une, qui peut nous permettre de trancher raisonnablement la question. C'est de rechercher quel est des deux acheteurs celui qui aurait pris le premier la possession de fait : *In pari causâ, melior est causa possidentis*.

Si enfin aucun d'eux n'avait la possession, il faudrait bien résoudre la difficulté par les faits, les indices et les circonstances de la cause, examinés avec moins de rigueur qu'au n° 192. Dans le cas examiné sous ce numéro, on avait la ressource subsidiaire indiquée au n° 193 : l'application de la règle *potior tempore, potior jure*. Mais puisqu'on en est privé dans le cas actuel, force est de presser davantage les circonstances et d'en tirer la conclusion la plus vraisemblable.

195. Ce n'est pas seulement le concours de deux transcriptions qu'il faut prévoir; il peut encore arriver qu'il y ait concours et incertitude entre une inscription hypothécaire et une transcription, ayant l'une et l'autre pour objet le même immeuble, et opérées le même jour. Pierre s'inscrit, le 11 janvier 1848, sur l'immeuble A, qui lui a été hypothéqué. Le même jour, Jacques transcrit un acte de vente de ce même domaine, qui lui a été passé par Primus. Jacques devra-t-il supporter l'hypothèque de Pierre?

Le cas est grave; et heureusement qu'il n'est pas de nature à se présenter souvent.

Je dis qu'il est grave : en effet, si l'acquéreur n'a pas connu l'inscription, quelle injustice de la lui faire supporter, lorsqu'il a cru acheter un immeuble libre! D'un autre côté, si on efface l'inscription, ne sera-t-on pas injuste envers un créancier qui a contracté dans l'espoir d'avoir un gage sur la chose de son débiteur, chose qu'il a supposée, de bonne foi, être encore dans les biens de ce débiteur, faute de transcription, et qu'il a acceptée comme garantie de sa créance?

Pour sortir de cette situation, il faut de toute nécessité consulter les circonstances; il faut voir s'il n'y a pas, dans les faits, des indices suffisants d'antériorité de l'un sur l'autre, indices parmi lesquels on fera entrer la série des numéros d'ordre. C'est une de ces hypothèses où il n'y a pas de règle à prescrire, et où le juge doit se décider d'après les faits et suivant sa conscience. On peut voir ce que nous avons dit là-dessus au n° 192.

Voici une espèce qui s'est présentée devant le tribunal d'Arras :

Le 29 janvier 1859, le sieur Decoin donne à ses enfants et partage entre eux des biens immeubles dépendant de la communauté ayant existé entre lui et sa femme décédée. Le 24 octobre suivant, un sieur Bruguet, créancier de Decoin père, obtient contre son débiteur un jugement, en vertu duquel il se présente le 3 mars 1860 pour prendre inscription. Sur l'observation du conservateur des hypothèques qu'il faut déposer en même temps que le jugement deux bordereaux, Bruguet se retire pour les rédiger. Un instant après, les enfants Decoin présentent à la transcription l'acte de donation

et partage du 29 janvier 1859. La remise du titre est inscrite sur le registre des dépôts sous le n° 4461. Quarante-quatre pièces sont ensuite successivement déposées, et enfin, toujours le 3 mars 1860, le sieur Bruguet revient avec ses bordereaux, et en fait la remise, qui prend rang sous le n° 4506. Il s'agissait de savoir à qui de la transcription ou de l'inscription appartenait l'antériorité. Le tribunal s'est prononcé en faveur de la transcription, et son jugement se justifie par toutes les circonstances de la cause (1).

D'après un jugement du tribunal de Bigorre, en date du 24 février 1859 (2), l'inscription serait préférable à la transcription opérée le même jour, « attendu que » celle-ci ne peut avoir d'effet que le lendemain du » jour où elle a eu lieu ». Dans ce système, la loi du 23 mars 1855, en abrogeant le délai de quinzaine accordé par l'article 834 du Code de procédure au créancier hypothécaire pour prendre inscription, aurait entendu que le jour de la transcription tout entier continuerait d'appartenir au créancier. Mais c'est là une idée qui n'est pas soutenable. L'abrogation pure et simple de l'article 834 détruit toute pensée de préférence en faveur du créancier hypothécaire; elle montre que la loi n'a plus voulu considérer que l'antériorité de l'inscription de son titre.

196. Lorsque la transcription n'a pas été faite en temps utile, ou qu'elle n'a pas été faite du tout, le droit réel est sans valeur contre les tiers. Telle est la sanction de la loi.

(1) 5 juillet 1860. (Deville, 60, 2, 481.)

(2) Devill., 60, 2, 427.

Et pour qu'elle soit efficace, nul ne peut en être relevé pour cause d'incapacité personnelle. Ici, comme pour tous les autres modes de publicité établis par la loi (1), on tient pour certain que les incapables ne peuvent pas être restitués contre le défaut de transcription, même dans le cas d'insolvabilité de leurs administrateurs. Ils n'ont de recours que contre ces administrateurs en faute. Sans cette inflexible rigueur, il n'y aurait pas de sécurité pour les tiers; le but de la loi serait manqué.

197. Du reste, tout acquéreur qui éprouve une éviction ou un dommage, parce que son vendeur a consenti une double aliénation de la même chose, a contre ce dernier une action personnelle; car le contrat conserve toute son autorité entre les parties contractantes; il engendre les actions autorisées par le Code Napoléon avec toutes leurs conséquences.

Supposons que Primus vende à Secundus l'immeuble A, et qu'avant la transcription de cet acte de vente, Primus revende le même immeuble à Tertius, qui transcrit avant Secundus. Il est évident que Secundus, évincé par Tertius, aura une action de garantie contre Primus. Vainement Primus lui dirait-il : Vous êtes en faute; pourquoi n'avez-vous pas transcrit? Car, sous aucun rapport, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription d'un contrat où il a été partie, et il ne peut laver son propre fait par l'omission d'une formalité qui n'a pas été établie en sa faveur.

198. Le vendeur pourra même, suivant les cas, être

(1) Art. 1074 du Cod. Nap. — Mon Comm. des *Donations*, n° 2292.

actionné comme stellionataire, pour avoir vendu une chose qu'il savait ne plus lui appartenir (1). Il ne devait pas dissimuler sa première obligation, lorsqu'il a contracté la seconde; il a été en fraude, et c'est *sciens prudensque* qu'il a conduit dans le piège le deuxième acheteur (2).

199. Mais il faudra toujours consulter les circonstances, et l'on n'oubliera pas qu'une personne ne peut se plaindre du stellionat, lorsqu'elle a pris la chose connaissant la charge qui pesait sur elle : *Scienti dolus non infertur* (3).

200. Le second paragraphe de l'article 3 s'occupe des effets de la transcription des baux.

Les baux d'une durée de plus de dix-huit ans, comme les actes de mutation, deviennent par la transcription opposables aux tiers, c'est-à-dire aux créanciers hypothécaires du bailleur et à ses acquéreurs. Ceux qui n'ont pas été transcrits ne peuvent pas leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit ans. Tel est le principe (4) : on n'a pas voulu que celui qui achète trouve sur l'immeuble le poids d'un bail à long terme, dont on lui aurait dissimulé l'existence; on n'a pas voulu non plus que le créancier hypothécaire ignorât que la valeur du gage était altérée par des baux à longues années faits secrètement et quelquefois à vil prix.

(1) Art. 2059 du Cod. Nap. et mon Comm. de la *Contrainte par corps*, nos 62 et suiv.

(2) Mon Comm. précité, nos 60 à 63.

(3) *Id.*, n° 65.

(4) *Suprà*, n° 116.

201. Ceci posé, il se présente tout d'abord une question, qui a été soulevée au Corps législatif, et qui se produit quand on rapproche le droit du preneur du droit de ses créanciers hypothécaires.

Dans la pensée de la loi, l'obligation de la transcription a été imposée aux baux à long terme, afin de prévenir les surprises dont pourraient être victimes des créanciers postérieurs, tenus par le propriétaire dans une ignorance préjudiciable à leurs intérêts. C'est ce qui résulte très-expressément de l'exposé des motifs, du rapport de M. de Belleyne et de la discussion.

En ce qui concerne donc les créanciers hypothécaires postérieurs, le sort des baux non transcrits, ou transcrits après la constitution et l'inscription des hypothèques, n'est pas douteux; la situation est claire et précise : ces baux ne sont pas opposables aux créanciers, ou, ce qui revient au même, leur valeur doit se réduire à la durée des baux de dix-huit ans, qui sont des actes d'administration dans le sens de la loi de 1855, et qui ne dépassent pas les pouvoirs de l'administrateur.

Mais si, postérieurement à l'inscription d'une hypothèque, un bail de l'immeuble est consenti pour plus de dix-huit ans et transcrit, quelle sera la valeur de ce bail? Parce qu'il aura été transcrit, pourra-t-il être opposé, pour toute sa durée, aux créanciers antérieurs et inscrits? Un argument *a contrario*, tiré du second paragraphe de notre article, l'a fait craindre à un député au Corps législatif. Mais c'est un des cas où l'argument *a contrario* manque de force et conduit à l'erreur.

M. Duclos, sous l'impression de ces craintes, aurait donc voulu que la loi du 23 mars tranchât la question.

« Le projet, disait-il, semble rendre obligatoires, pour » les tiers sans distinction, les baux et quittances de » loyer dont la transcription a eu lieu. Quelle sera alors, » par exemple, la position du créancier inscrit, vis-à-vis » d'un débiteur qui aura consenti, depuis le prêt, un » bail à long terme et perçu plusieurs années de loyer » d'avance? Les juges pourront-ils, malgré le texte de la » loi, prononcer la nullité du bail et des paiements » anticipés? »

Ni les orateurs du Gouvernement, ni le rapporteur de la Commission du Corps législatif ne suivirent M. Duclos sur ce terrain; ils ne voulurent pas discuter une question qui ne rentrait pas dans le cadre de la loi (1).

Un autre député, M. Allart, essaya seul de résoudre le problème posé par M. Duclos, et déclara « que, si le » bail ou la quittance anticipée étaient postérieurs à la » transcription du contrat de vente, ou à l'inscription » de l'hypothèque, il était évident qu'ils ne pouvaient » avoir aucun effet (2) ». On voit que M. Allart n'attachait pas autant d'importance que M. Duclos à l'argument *a contrario* tiré du texte de la loi; et, sous ce rapport, il avait tout à fait raison. Mais il n'était pas aussi exact quand il pensait que les baux de dix-huit ans, passés et transcrits après les inscriptions hypothécaires des créanciers, ne devaient avoir aucun effet.

Pendant tout le temps qui s'écoule depuis la constitution de l'hypothèque jusqu'à son extinction, il faut que la chose soit administrée, utilisée, qu'elle soit louée, si telle est sa destination. Il est logique et naturel de

(1) Séance du 15 janvier 1855. *Suprà*, p. 8 et suiv.

(2) *Id.*, p. 88.

confier ce soin au débiteur, puisqu'il demeure propriétaire et possesseur, puisqu'il a droit aux fruits, et qu'il a un intérêt, au moins égal à celui du créancier, à entretenir l'immeuble en bon état de jouissance. D'un autre côté, il serait impraticable d'exiger que les créanciers hypothécaires fussent appelés à consentir les baux et à faire les autres actes d'administration.

De ces baux de plus de dix-huit ans, il doit donc rester quelque chose. Tout ce qui est du domaine légitime de l'administration, tout ce qui ne rentre pas dans le cercle d'une aliénation vraie et d'une diminution de la chose, appartient à l'exercice du droit de propriété; il faut que cela subsiste; autrement on paralyserait ce droit respectable dans les mains de celui qui ne l'a pas abdiqué. C'est en partant de ces idées que nous avons enseigné, dans notre Commentaire des *Hypothèques* (1), qu'un bail ayant date certaine avant le commandement tendant à saisie immobilière doit être maintenu, à l'égard des créanciers hypothécaires, pour toute la durée convenue entre les parties, à moins que ce bail ne soit le résultat de la fraude. On comprend l'analogie de ce cas avec le nôtre.

La loi du 23 mars 1855 ne contredit pas ces idées; elle les précise, au contraire; et voici comment: la distinction à faire entre le bail, simple acte d'administration, et le bail qui empiète sur la propriété, est délicate; le Code Napoléon ne l'avait point faite; beaucoup de jurisconsultes croyaient que tout bail dépassant neuf ans constituait un démembrement de la propriété (2).

(1) N° 777 *ter.*

(2) *Mon Comm. du Louage*, n° 25.

Eh bien! cette limite de durée, qu'un bail ne saurait dépasser sans nuire à la propriété, nous la trouvons dans la loi du 23 mars 1855, dans une loi qui a précisément pour but de régler les rapports du débiteur et du créancier hypothécaire. A ses yeux, tout bail qui dépasse dix-huit ans excède les pouvoirs de celui qui jouit et administre; il est une sorte d'aliénation; c'est un droit réel conféré sur la chose et entraînant un démembrement de cette chose. En cette qualité, il ne prend rang que par la date de la transcription. Quant aux baux de dix-huit ans et au-dessous, ils ne sont que l'usage du droit de propriété; c'est par ces baux que le débiteur tire parti de son bien et lui fait produire un revenu. La loi du 23 mars 1855 ne s'est pas arrêtée à la limite précise de neuf ans, déterminée par l'article 1429 du Code Napoléon, en ce qui concerne le mari administrateur de la communauté : la raison en est que le mari administre en quelque sorte pour autrui, et qu'il fallait resserrer son pouvoir, afin de conserver les intérêts de la femme. Ici, au contraire, il s'agit d'un propriétaire qui utilise sa chose, et qui n'est pas dépossédé par cela seul qu'il est débiteur; ses créanciers, qui l'ont laissé propriétaire, n'ont donc pas à se plaindre qu'il agisse comme un propriétaire de bonne foi, qui ne tend qu'à se procurer un revenu.

202. Ainsi l'économie de la loi nouvelle est bien simple :

En principe, le bail de plus de dix-huit ans doit être transcrit, parce qu'il frappe la propriété d'une sorte d'indisponibilité, parce qu'il enlève au propriétaire, dans une mesure excessive, la faculté de changer la

destination de sa chose, et qu'ainsi il influe sur la valeur vénale de l'immeuble; il faut donc que ce bail soit connu de ceux qui seraient disposés à faire crédit à la propriété.

Or, quand l'hypothèque est déjà constituée, il ne saurait être permis au débiteur de diminuer la valeur de l'immeuble, et d'imposer à la propriété une chaîne qui effrayera les enchérisseurs. La loi du 23 mars 1855 n'a pas été assez contraire à elle-même, pour vouloir que les baux de dix-huit ans, passés et transcrits après les inscriptions hypothécaires, pussent militer contre ces inscriptions antérieures, et leur porter préjudice : elle renverserait son propre système. Consentir un bail de plus de dix-huit ans, c'est aller au delà des limites de l'administration; c'est faire un acte qui pèse sur le fonds de la propriété (1); c'est aliéner un droit réel, et le sort des droits réels se règle par la date des transcriptions.

Mais puisque ce bail n'appartient à la catégorie des démembrements de propriété que parce qu'il dépasse dix-huit ans; puisque les créanciers ne sont lésés que par sa durée excessive, il s'ensuit qu'il sera satisfait à leurs plus justes exigences en le réduisant à dix-huit ans (2). Par là, on évitera les rigueurs inutiles, et l'on conciliera le droit du propriétaire, qui administre, avec celui des créanciers, qui ont un droit réel préférable (3).

(1) Mon Comm. du *Louage*, n° 25.

(2) M. Duvergier, sur l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855.

(3) MM. Rivière et Huguet pensent que le bail transcrit après les inscriptions hypothécaires peut être maintenu pour toute sa durée. Nos 219 et suiv.