

fait que par celui qui peut aliéner (art. 2172), il s'ensuit qu'on ne peut sommer de délaisser ou de payer que celui qui a sur la chose un droit assez étroit pour la pouvoir aliéner.

Ainsi, celui qui a hypothèque sur la nue propriété ne devra pas adresser sa sommation au tiers détenteur qui n'a que l'usufruit. Cette sommation tend en effet au délaissement du fonds. Or, l'usufruitier peut bien aliéner son usufruit, mais il ne peut aliéner la nue propriété. La sommation s'adresserait donc à quelqu'un qui ne pourrait pas y répondre.

Il en serait autrement si l'hypothèque ne portait que sur l'usufruit. Alors, le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser ou de payer. On devrait dire la même chose si l'hypothèque portait sur le fonds et l'usufruit. Le tiers détenteur usufruitier pourrait être sommé de délaisser l'usufruit ou de payer. Dans ce cas, l'usufruitier détient une portion de ce qui est affecté à l'hypothèque (1).

Il me suffit d'énoncer ces règles ; elles lèvent toutes les difficultés.

Du reste, on ne devrait pas conclure de là que, de ce que le tuteur ne peut aliéner les biens du mineur, de ce que le curateur à succession est dans la même situation pour les biens de la succession, il ne faut pas, avant de faire saisir les biens du mineur ou de la succession, faire la sommation de payer ou de délaisser ; car le tuteur et le curateur représentent le vrai propriétaire, qui est le mineur ou la succession, lesquels doivent être mis en demeure de purger s'ils le veulent. On conçoit que si ces administrateurs ne peuvent personnellement aliéner, c'est dans l'intérêt de ceux qu'ils représentent ; mais qu'ils peuvent se faire relever de cette incapacité en s'entourant des formalités prescrites par la loi. Il n'appar-

(1) Paris, 25 décembre 1808 (Sirey, 9, 2, 50). Grenier, t. 2, p. 52 et 53. *Suprà*, n° 776.

tient pas au créancier poursuivant de préjuger ce qu'ils pourront faire dans l'intérêt de l'administration qui leur est confiée.

ART. 2168.

Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune réserve.

SOMMAIRE.

- 785. Définition du délaissement.
- 786. Différence avec le déguerpissement.
- 787. Quelles personnes peuvent délaisser. Comment se fait le délaissement. Quels en sont les effets. Renvoi.
- 788. Que doit payer le tiers détenteur s'il préfère conserver l'immeuble.
- 788 bis. Lorsque le tiers détenteur paye, il est subrogé de plein droit aux créanciers hypothécaires. Effet de cette subrogation.
- 788 ter. Comment le tiers détenteur subrogé doit-il diviser son action contre les autres détenteurs de biens hypothéqués ?
- 789. Par la subrogation de plein droit, le tiers détenteur exerce les droits du créancier payé sur tous les biens hypothéqués à ce dernier pour la créance acquittée. Renvoi.
- 789 bis. Par l'exception *cedendarum actionum*, le tiers détenteur peut quelquefois faire réduire la somme que lui demande le créancier poursuivant. Premier cas.
- 789 ter. Deuxième cas.

COMMENTAIRE.

785. Je ne reviendrai pas sur ce que j'ai dit sous l'article précédent de la postposition, qui le défigure, et qui

se trouve écrite avec aussi peu d'à-propos dans l'art. 2168. Je me bornerai à répéter que le législateur se fût exprimé d'une manière plus logique, en disant que le tiers détenteur est tenu au délaissement, si mieux il n'aime payer les capitaux et intérêts exigibles. Il ne fallait pas imiter le mauvais langage de Loysel, qui a fort improprement dit : « *en fait d'hypothèques, cens ou rentes, il faut payer ou quitter* (1). »

Arrêtons-nous donc à cette vérité, que le tiers détenteur doit quitter ou payer. Mais qu'entend-on par *délaissement*? C'est l'abandon de la possession de l'héritage, fait par le tiers détenteur aux créanciers inscrits pour s'exempter de l'expropriation. Je dis que c'est un simple abandon de la possession. En effet, le tiers détenteur reste toujours propriétaire jusqu'à l'adjudication, et il peut reprendre l'héritage en payant les dettes pour lesquelles il est hypothéqué, et tous les frais (2). Je dis, de plus, que c'est aux créanciers inscrits que se fait le délaissement; car ce sont eux seuls qui peuvent l'exiger en vertu de leurs hypothèques. Mais remarquons bien qu'ils ne peuvent garder l'immeuble (3), et qu'il faut qu'ils le fassent vendre par adjudication afin de le convertir en argent, et de se payer sur le prix dans l'ordre de leurs hypothèques (4).

786. Le délaissement ne doit pas être confondu avec le déguerpissement. L'objet du déguerpissement était de se dégager de la rente ou redevance foncière assise sur le fonds. Le délaissement n'a lieu, comme autrefois, que pour les hypothèques. Le déguerpissement se faisait à celui qui avait été autrefois propriétaire de l'immeuble, et ne l'avait cédé qu'à la charge de la rente foncière;

(1) Liv. 3, tit. 7, n° 20. *Inst. Cout.* Je fais cette observation sans vouloir rien ôter au mérite supérieur de ce jurisconsulte.

(2) Loyseau, liv. 1, ch. 2, n° 13, et liv. 6, ch. 7. Pothier, *Orléans*, t. 20, n° 51. Art. 2173 du Code Napoléon.

(3) *Infrà*, n° 795.

(4) Loyseau, *loc. cit.*

on remettait les choses dans l'état où elles étaient avant le contrat; au contraire, le délaissement se fait au simple créancier. Celui qui faisait le déguerpissement abandonnait la propriété; celui qui fait le délaissement n'abandonne que la possession. Ce n'est que par l'adjudication qu'il perd la propriété. Enfin, par le déguerpissement, le propriétaire rentrait dans sa chose et la gardait comme un objet à lui appartenant; au contraire, le délaissement ne donne au créancier, en faveur de qui il est fait, que le droit de vendre l'héritage : il lui est défendu de le garder (1).

787. Nous verrons, sous les art. 2172, 2173, 2174, 2175 et suivants, comment s'opère le délaissement, quelles personnes ont capacité pour le faire, quelles en sont les suites à l'égard du tiers détenteur et en ce qui concerne les charges qu'il a imposées sur la propriété, les améliorations ou détériorations qu'il y a faites, les droits qu'il y possédait avant l'aliénation, etc.

788. Expliquons maintenant ce que doit payer le tiers détenteur, s'il préfère conserver l'immeuble par lui acquis et dont il ne purge pas les hypothèques.

D'après notre article, il doit payer la totalité de la créance en capitaux et intérêts exigibles. Peu importe qu'il ne possède qu'une légère fraction de la chose hypothéquée : l'hypothèque est indivisible; elle conserve toute la créance dans chaque parcelle de l'immeuble hypothéqué. Peu importe encore que la somme due soit plus considérable que la valeur de l'objet détenu par le tiers possesseur. Le créancier ne peut être contraint de recevoir son paiement par portions. Il faut lui délaisser le total de la chose ou lui payer le total de la dette (2). Quelques auteurs anciens avaient cependant enseigné que le tiers possesseur pouvait s'exempter de

(1) Loyseau, liv. 1, ch. 2, n° 13. Denizart, v° Déguerpissement. Grenier, t. 2, p. 60, n° 328.

(2) Favre, C., lib. 8, t. 6, déf. 40 et 41.

la poursuite hypothécaire en offrant la valeur de l'immeuble possédé (1)! Mais cette opinion ne pouvait se soutenir, et n'avait qu'un petit nombre de partisans (2).

Quand je dis que le tiers détenteur doit payer le total de la dette, il est entendu que cela comprend les intérêts et dépens (3), en un mot tous les accessoires quelconques qui ont rang d'hypothèque sur l'immeuble dès avant l'aliénation.

Sur quoi on a élevé la question de savoir si l'article 2151 du Code Napoléon peut être invoqué par le tiers détenteur comme par les créanciers inscrits, et si ce tiers détenteur ne doit que les intérêts conservés par l'inscription (4).

MM. Persil (5) et Grenier (6) sont d'avis que la nécessité de conserver les intérêts par l'inscription n'existe qu'entre créanciers, et c'est ce que paraît avoir jugé un arrêt de la cour de Bruxelles du 4 août 1806 (7).

Je pense avec M. Dalloz (8) que cette opinion ne saurait être suivie. Le tiers détenteur ne doit payer que ce qui est hypothéqué sur l'immeuble. Car il ne paye que comme bien-tenant, et non comme obligé personnel. Or, d'après l'art. 2151, il n'y a d'intérêts ayant hypothèque

(1) Fachin, Cont., lib. 11, c. 11.

(2) Idem.

(3) L'art. 2168 ne parle, il est vrai, que des *intérêts et capitaux* exigibles, sans mentionner les *frais ou les dépens*. Mais, quant aux frais, l'art. 2168 doit être combiné avec l'art. 2167: or, par ce dernier article, le tiers détenteur est obligé à *toutes* les dettes hypothécaires. Il a donc été justement décidé que le tiers détenteur qui, pour éviter les poursuites d'un créancier hypothécaire, lui fait des offres réelles, doit comprendre dans ces offres une somme pour les frais non liquidés, sauf à parfaire. — Toulouse, 4 février 1829 (Dall., 29, 2, 243; Sirey, 29, 2, 196).

(4) *Suprà*, n° 702.

(5) Sur l'art. 2151, n° 11.

(6) T. 1, n° 101. — *Junge* M. Zachariæ, t. 2, § 285.

(7) Dalloz, Hyp., p. 320, n° 5.

(8) Dall., Hyp., p. 402, n° 26. — *Junge* Bordeaux, 28 février 1850 (Sirey, 51, 2, 188).

que les trois années attachées de droit à l'inscription, ou ceux qu'on a conservés par inscriptions spéciales. Tout le reste rentre dans la masse chirographaire.

Si le débiteur avait des termes et délais pour payer, le tiers détenteur en profiterait; en effet, comme il s'exécute à la place du débiteur, il ne doit pas être de plus mauvaise condition que lui. Il arrive quelquefois que l'acquéreur d'un immeuble ne purge pas, parce que les créances dont l'hypothèque couvre cet immeuble, et qu'il doit acquitter entre les mains des créanciers, ne sont payables qu'à des époques éloignées. C'est pour lui un avantage; il n'est pas obligé de faire sur-le-champ des déboursés considérables, comme il aurait été forcé de le faire s'il eût dû acquitter de suite le prix entre les mains du vendeur, qui, malgré les hypothèques qui pèsent sur ses biens, trouve néanmoins à s'en défaire avec émolument à cause du long terme des exigibilités. Il fallait donc nécessairement que l'acquéreur participât aux mêmes délais que le débiteur, d'autant que la nature de l'obligation ne peut changer par un fait d'aliénation étranger au créancier.

788 bis. Dans l'ancienne jurisprudence les auteurs conseillaient au tiers détenteur qui voulait conserver la possession de l'immeuble, de ne payer qu'autant que le créancier antérieur en date lui cédait ses actions, privilèges et hypothèques. C'est ce qu'on appelait l'exception *cedendarum actionum*. Cela tenait à ce qu'alors on n'était pas bien d'accord sur la question de savoir si la subrogation s'opérait de plein droit en pareil cas. Mais le Code Napoléon a décidé qu'un semblable paiement donnait lieu à *subrogation légale*. Le tiers détenteur ne peut donc plus se faire un moyen de l'exception *cedendarum actionum* pour retarder son paiement (art. 2151 Code Napoléon) (1).

Par cette subrogation, le tiers détenteur peut agir non-

(1) *Suprà*, n° 358.

seulement contre le débiteur principal et ses cautions, mais encore contre les autres détenteurs de biens soumis à l'hypothèque.

La cour impériale de Toulouse a même jugé, par arrêt du 19 février 1827 (1), qu'avant d'avoir payé au créancier hypothécaire, et d'être par conséquent son subrogé, il pouvait actionner les autres tiers détenteurs, contre lesquels il aurait son recours après avoir acquitté le montant des charges hypothécaires, afin de faire fixer la somme pour laquelle il aurait, s'il payait, le droit de les poursuivre hypothécairement (2).

788 *ter*. La raison de ceci est que, lorsque le tiers détenteur, qui a payé, agit contre les autres détenteurs de biens hypothéqués, il ne peut pas les rechercher pour le total, mais seulement au prorata de ce que chacun d'eux et lui-même possèdent d'héritages hypothéqués à la dette. Autrement il se ferait un circuit d'actions (3).

Par exemple, Caius a une hypothèque générale sur les fonds A, B, C, D, appartenant à Sempronius. Ce dernier vend ces biens à *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. Caius poursuit *Primus*, qui paye. *Primus* est donc subrogé aux droits de Caius, et peut agir par la voie hypothécaire contre *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*. Mais s'il voulait exiger de *Secundus*, par exemple, le total de la créance, il arriverait que ce même *Secundus* aurait droit d'agir contre lui *Primus*, comme détenteur d'immeubles affectés à la créance, à laquelle il a été aussi subrogé de plein droit. La sommation ne doit donc exiger que le *prorata* (4).

789. Le tiers détenteur, qui paye le créancier inscrit, est subrogé de plein droit aux hypothèques que ce créancier avait pour la créance, non-seulement sur l'immeuble

(1) Dall., 28, 2, 41, 42; Sirey, 28, 2, 75.

(2) *Junge* Loyseau, liv. 2, ch. 8, n° 9.

(3) Voir les arrêts cités *infra*, au n° 789.

(4) Pothier, Orléans, t. 20, n° 42. Grenier, t. 2, p. 74.

libéré, mais encore sur tous autres immeubles. J'en ai donné les raisons ailleurs (1). C'est à tort que le contraire a été jugé par un arrêt de la cour de Bourges du 10 juillet 1829.

789 *bis*. Mais si l'exception *cedendarum actionum* ne peut plus être un moyen de retarder le paiement, elle peut être quelquefois un moyen pour faire réduire la demande du créancier qui, par son fait, ne peut subroger le tiers détenteur qui le paye, aux privilèges et hypothèques qu'on avait droit d'attendre de lui. Je m'explique par un exemple.

Caïa a une hypothèque générale sur les fonds A, B, C, D, appartenant à son mari. Celui-ci les vend à *Primus*, *Secundus*, *Tertius* et *Quartus*, et Caïa renonce à son hypothèque sur *Primus*, *Secundus* et *Tertius*. Elle somme *Quartus* de délaisser ou de payer le total de sa dot, montant à vingt mille francs.

De deux choses l'une : ou Caïa a déjà renoncé à son hypothèque quand *Quartus* a acquis, ou bien cette renonciation n'a eu lieu qu'après son acquisition.

Dans le premier cas, *Quartus* doit payer la totalité des vingt mille francs, s'il veut s'exempter du délaissement. Les immeubles possédés par *Primus*, *Secundus* et *Tertius* étaient devenus libres au moment de son acquisition : il a dû prendre les choses comme elles se trouvaient. Mais si cette renonciation n'a lieu qu'après l'acquisition de *Quartus*, alors il a droit de dire à Caïa : Je ne puis vous payer le total de la somme qu'autant que vous me subrogez à vos droits contre *Primus*, *Secundus*, *Tertius*. Lorsque j'ai acquis le fonds D, à vous hypothéqué, j'ai complé que, si vous me poursuiviez, j'obtiendrais, en vous payant, le droit de faire contribuer à la dette *Primus*, *Secundus* et *Tertius*, au

(1) V. n° 359, où je cite les auteurs et les arrêts qui appuient cette doctrine. *Junge* Cassation, 21 décembre 1836 (Sirey, 37, 1, 54).

moyen d'une subrogation dans vos droits. Vous avez rendu cette subrogation impossible *par votre fait* : ce n'est pas moi qui dois en souffrir. Si j'eusse obtenu la subrogation, je n'aurais payé que cinq mille francs; car j'aurais forcé Primus, Secundus et Tertius à contribuer et à verser entre mes mains cinq mille francs chacun; mais votre renonciation me prive de la possibilité de me faire payer ces quinze mille francs. Il me suffit donc de vous payer cinq mille francs, au lieu de vingt mille francs pour éviter le délaissement (1).

Ces principes et ces distinctions étaient enseignés par nos anciens jurisconsultes. On peut consulter Dumoulin (2) et Loyseau (3). La Cour de cassation s'y est conformée par arrêt du 23 janvier 1815 (4), en se fondant sur les lois 5 D. *De censib.*, et 19, D. *Qui potior*, et sur l'art. 1149 du Code Napoléon.

789 *ter*. Il est un autre cas où le créancier n'est pas fondé à exiger le total de la créance, aussi par suite de l'impossibilité de faire cession pleine de ses actions. C'est lorsque le créancier possède lui-même des héritages qui ont été hypothéqués à sa dette. Alors il faut nécessairement qu'il fasse confusion de la dette au prorata de ce qu'il possède d'héritages qui y sont hypothéqués. La raison en est simple. Le tiers détenteur, en payant le tout, est subrogé aux droits du créancier. Mais le créancier ne peut lui céder son hypothèque sur le fonds qu'il détient, puisque, par son fait, il l'a éteinte par la confusion. Il a donc nui par là au tiers détenteur. « *Repellitur exceptione quatenus nocuit reo, dum facto suo non potest ei cedere actiones quas cedere debebat* (5). »

Cependant, comme le dit Pothier d'après Dumoulin et Loyseau, cette exception ne peut avoir lieu que lors-

(1) M. Grenier, t. 2, p. 75. M. Dalloz, Hyp., p. 358.

(2) *De usuris*, quæst. 89, n° 680 et suiv.

(3) Liv. 2, ch. 8, n° 19.

(4) Dall., Hyp., p. 558 et 559.

(5) Loyseau, liv. 2, ch. 8, n° 16, 19. Pothier, Orléans, t. 20, n° 43.

que le créancier a acquis les héritages hypothéqués à sa dette postérieurement à l'acquisition que le défendeur a faite des autres héritages. Car s'il a acquis auparavant, on ne peut pas dire qu'en les acquérant il ait privé le défendeur d'aucun droit de recours sur ces héritages.

ARTICLE 2169.

Faute par le tiers détenteur de satisfaire pleinement à l'une de ces obligations, chaque créancier hypothécaire a droit de faire vendre sur lui l'immeuble hypothéqué, trente jours après commandement fait au débiteur originaire, et sommation faite au tiers détenteur de payer la dette exigible ou de délaisser l'héritage.

SOMMAIRE.

790. Formalités pour les poursuites en délaissement. Commandement au débiteur originaire. Son utilité. Sommation au tiers détenteur. Son utilité.
791. La sommation doit être suivie du commandement dans l'ordre rationnel.
792. De la personne capable pour recevoir la sommation.
793. Du délai pour se pourvoir par saisie immobilière. Mésaccord entre l'art. 2169 et l'art. 2183. Combien de jours sont compris dans le mois. Condamnation d'une opinion de M. Grenier.
- 793 *bis*. Erreur de la cour de Nîmes, qui a pensé que la sommation dont parle notre article est une sommation de purger.
794. Formes de la sommation.
795. C'est sur le tiers détenteur que se poursuit l'expropriation. Il peut opposer le défaut de commandement au débiteur originaire, et même la nullité d'icelui, si elle procédait d'un défaut de qualité dans la personne qui l'a reçu. Mais il ne pourrait exciper d'un vice de forme.
- 795 *bis*. La déchéance de purger profite à tous les créanciers. Que doivent-ils faire si le poursuivant abandonne la poursuite hypothécaire ?