

s'ensuit qu'il n'est nécessaire d'y recourir qu'autant que la poursuite est régulière. Par la même raison, on pourrait opposer, avant l'exception de discussion, le défaut de qualité dans le poursuivant (1).

Le tiers détenteur doit indiquer au créancier les biens du débiteur principal, et avancer les deniers suffisants pour faire la discussion (2). Il ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la Cour impériale du lieu où le paiement doit être fait (3), ni des biens litigieux, ni, comme je viens de le dire au numéro précédent, des biens hypothéqués à la dette, qui ne sont plus en la possession du débiteur (4).

Je ne fais ici qu'indiquer les principes. Leur développement se rattache à un autre commentaire sur les art. 2022 et suivants du Code Napoléon, au titre du Cautionnement. Je me borne à ajouter que, d'après l'article 2024, toutes les fois que la caution a fait l'indication des biens, et qu'elle a fourni les deniers suffisants pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard du tiers détenteur,

(1) On peut consulter, sur le rang à suivre dans les exceptions qu'on a droit d'opposer, *Hilligerus*, commentateur de *Donellus* (Doneau), lib. 22, cap. 8, note 24. Cette matière des exceptions est fort imparfaitement traitée dans nos auteurs. Mais ce n'est pas le lieu de s'en occuper ici.

(2) Par arrêt du 21 mars 1827, la Cour de cassation a décidé que le tiers détenteur n'était pas obligé de faire l'offre de l'avance des frais s'il n'en était requis. *Dal.*, 27, 1, 182. Mais le contraire résulte d'un arrêt de la cour de Bordeaux du 6 août 1835 (*Sirey*, 34, 2, 51). V. aussi *M. Duranton*, t. 20, n° 247.

(3) *Conf.* *MM. Delvincourt*, t. 3, p. 610; *Persil*, art. 2170, n° 7. V. cependant *M. Duranton*, t. 20, n° 246.

(4) Art. 2023. *Pothier*, *Orl.*, t. 20, n° 36. *Loyseau*, ch. 8, liv. 3, n° 19, et *Garantie des rentes*, ch. 9, n° 4. *Basnage*, *Hyp.*, ch. 16. Jugé par suite que le tiers détenteur ne peut indiquer comme objet de discussion un immeuble vendu par le débiteur, bien que le prix en soit encore dû par l'acquéreur, surtout si la distribution de ce prix paraît devoir donner lieu à des contestations. V. l'arrêt déjà cité de la Cour de Bordeaux du 6 août 1835,

de l'insolvabilité du débiteur principal survenue par défaut de poursuites.

802. Pendant la discussion, il est sursis à la vente de l'héritage hypothéqué. Cependant je crois que, malgré la vérité de cette règle, il faut apporter ce tempérament, que l'on ne doit surseoir aux poursuites hypothécaires qu'autant que les biens ne seraient pas notoirement insuffisants pour payer le créancier. Car, s'il était évident que les biens indiqués fussent de si peu de valeur qu'il n'y eût pas à beaucoup près de quoi payer la dette, on ne laisserait pas de continuer la poursuite hypothécaire. Le créancier ne peut être retardé dans son paiement. Toutefois, pour peu qu'il y eût des biens, il faudrait toujours les faire vendre, puisque ce serait autant de diminué à la décharge du tiers détenteur. Telle est l'opinion des anciens interprètes, approuvée par *Loyseau* (1).

802 bis. La discussion, une fois faite sur l'exception d'un tiers détenteur, ne peut être réclamée par d'autres tiers détenteurs des biens hypothéqués à la même dette.

De même, la discussion faite par l'un des créanciers profite à tous les autres créanciers qui ont hypothèque (2).

Et ces deux propositions sont toujours vraies, à moins toutefois qu'on ne prouve que, depuis, le débiteur principal a recouvré des biens, ou qu'il a un héritier pur et simple solvable (3).

803. Le Code ne parle dans notre article que de l'exception de discussion : mais il en est plusieurs autres dont s'occupent les auteurs.

La première est l'exception pour raison d'impenses que le détenteur aurait faites sur l'immeuble. Je m'en occuperai sur l'art. 2175.

(1) De l'Act. hyp., liv. 3, ch. 8, n° 24. Elle a été consacrée par la cour de Toulouse dans un arrêt du 30 avril 1836 (*Sirey*, 37, 2, 23). V. aussi *M. Duranton*, t. 20, n° 246.

(2) *Favre*, C. lib. 8, t. 6, déf. 30.

(3) *Idem*, déf. 28.

804. La deuxième a lieu, suivant quelques-uns, pour raison des hypothèques que le tiers détenteur pourrait avoir sur l'immeuble, et qui lui assurent un rang *antérieur* au créancier poursuivant.

On a soutenu d'après la loi 12, D. *Qui potior in pig.*, que, dans ce cas, le tiers détenteur pouvait avec fondement s'opposer à l'expropriation, ou même au délaissement, si toutefois il paraissait évident que son hypothèque antérieure fût de nature à absorber la valeur du fonds. Quel serait alors le profit du créancier poursuivant? Il serait absolument nul. L'expropriation ne lui procurerait en aucune manière le paiement de sa créance. Elle ne fait qu'occasionner des frais considérables, qui, diminuant d'autant la valeur de l'immeuble, empêcheraient peut-être le tiers détenteur d'être payé de la totalité de son dû, tandis que, sans ces poursuites, il aurait conservé l'immeuble, et y aurait trouvé une compensation suffisante à sa créance (1).

Cette opinion a une grande apparence d'équité, et elle a été adoptée par arrêt de la cour de Rouen du 14 décembre 1815 (2).

Néanmoins elle n'est pas exactement vraie, et il faut lui apporter une modification.

En effet, il est certain en principe que le créancier premier en hypothèque, qui achète, sans formalités d'adjudication, la chose sur laquelle est assise cette hypothèque, est assimilé à un tiers détenteur étranger, et que les autres créanciers hypothécaires, quoique postérieurs, peuvent le poursuivre hypothécairement : « Ex »
 » *adverso*, dit Voët, si *creditor antiquior pignus*, non
 » *actione publicâ*, sed *privatim à debitore comparaverit*,
 » *liberum reliquis creditoribus est adversus eum hypo-*
 » *thecariâ agere, et pignus evincere, perindè ac si ex-*

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 40. M. Grenier, t. 2, n° 355.

(2) Den., 16, 2, 125. Il a été cassé le 10 février 1818 (Dall., Hyp., p. 340).

» *traneo debitor pignus vendidisset.* » L. 1, C. *Si antiq., creditor pignus vend.* (1).

Je sais bien que, par la loi 1, C. *Si antiq.*, que je viens de citer, le créancier postérieur qui voulait poursuivre par l'action hypothécaire le créancier antérieur devenu acquéreur du gage commun, devait offrir à ce dernier de lui payer sa créance; sans quoi, il n'était pas écouté dans son action. Mais cela tient à ce que, par le droit romain (2), tous les créanciers indistinctement n'avaient pas le droit de faire vendre l'immeuble, qu'il n'y avait que le créancier premier en rang qui pût faire procéder à l'adjudication. Pour que le créancier suivant pût requérir la mise en vente, il fallait qu'il se mît aux droits du premier, en lui payant ce qui lui est dû. Ceci n'a pas lieu en France : on y a toujours tenu qu'une hypothèque n'empêche pas l'autre, et que tout créancier a indistinctement le droit de saisie immobilière.

Seulement, on craint ici que les frais de saisie ne consomment inutilement la valeur de l'immeuble. Mais comment peut-on savoir que la véritable valeur de l'immeuble sera plus qu'absorbée par la créance antérieure du tiers détenteur, et par les frais? En général, il n'y a, dans le système du Code, peut-être trop confiant à cet égard, que l'adjudication qui soit censée faire porter la chose à un prix dont les créanciers ne puissent pas se plaindre. Ordonnera-t-on une expertise, comme le fit dans un cas à peu près semblable le parlement de Paris, par arrêt du 16 juillet 1641 (3)? Mais on répondra que ce moyen présente moins de sûreté que l'adjudication, la chaleur des enchères pouvant quelquefois élever le prix de la vente bien au delà de la valeur intrinsèque.

Ainsi, le second créancier hypothécaire qui poursuit la vente, peut toujours répondre avec avantage qu'il est possible que l'adjudication fasse monter le prix de la

(1) Lib. 20, t. 5, n° 10. Favre, C., lib. 8, t. 11, déf. 4.

(2) *Suprà*, n° 355.

(3) Henrys, liv. 5, q. 29, ch. 6. *Infra*, n° 805.

chose à une valeur plus que suffisante pour acquitter les frais, et payer le tiers détenteur premier en hypothèque. L'exception du tiers détenteur n'est donc pas aussi bien fondée en droit qu'elle le paraît en équité, et elle résiste à l'art. 2169 du Code Napoléon, qui donne à tout créancier inscrit le droit de faire vendre la chose sur le tiers détenteur. C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation par arrêt du 10 février 1818 portant cassation de celui de Rouen (1).

Néanmoins, comme il serait possible qu'en réalité l'adjudication ne produisît aucun autre résultat que de consommer en frais de justice une grande partie de la valeur de l'immeuble, la pratique a introduit l'usage d'ordonner, tout en rejetant l'exception, que le créancier poursuivant donnera bonne et valable caution de faire porter l'immeuble à si haut prix, que le tiers détenteur sera payé *intégralement* de sa créance première en rang (2); par ce moyen, tous les droits sont garantis et les principes sauvés. Je crois que cet usage n'a rien de contraire au Code Napoléon. *Nec obstat* ce que j'ai dit *suprà*, n° 795 *quat.*, savoir, que le créancier premier en rang qui veut s'emparer du gage commun n'a pas droit d'exiger des créanciers inférieurs requérant l'adjudication, qu'ils donnent caution de faire valoir l'immeuble à un prix suffisant pour l'indemniser loyalement et quittement. Ce dernier cas est différent de celui dont je m'occupe en ce moment. Ici le créancier est acquéreur : il cherche à conserver un droit acquis en opposant une exception à ceux qui viennent le troubler. Dans le n° 795 *quat.*, au contraire, je parle d'un créancier qui n'a aucun droit de propriété sur la chose, qui n'a de préférence que sur le prix de l'héritage, et qui, loin de pouvoir s'opposer à la vente, semble n'avoir d'autre intérêt

(1) Dal., Hyp., p. 340. Sirey, 18, 1, 173. M. Dalloz n'a pas donné les faits de cet arrêt.

(2) Pothier, Orléans, t. 20, n° 40. Grenier, t. 2, n° 325, p. 81.

que de la hâter pour profiter des sommes qu'elle produira. A la vérité, la Cour de cassation ne parle pas, dans son arrêt du 10 février 1818, de cette obligation de donner caution ; mais il ne faudrait pas croire qu'elle la rejette par son silence : dans l'espèce sur laquelle il a été statué, il n'en avait pas été question entre les parties, et le tiers détenteur n'avait pas songé à la demander (1).

805. La troisième exception, relevée par quelques auteurs, et qui a beaucoup de rapport avec la précédente, c'est l'exception tirée de ce que le tiers détenteur aurait payé jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble des créanciers hypothécaires antérieurs au poursuivant, et dont il a subrogation légale.

Henrys soutient avec force que cette exception est fondée sur la nécessité d'empêcher de consommer en frais d'expropriation la chose achetée par le tiers détenteur. Il n'est pas raisonnable, dit-il, qu'un tiers acquéreur, qui a payé les premiers créanciers et autant ou plus que le fonds peut valoir, puisse être dépossédé impunément et sans apparence de profit par un dernier créancier, et que celui-ci fasse vendre opiniâtrement un fonds sur lequel il n'a rien à prendre, suivant les apparences. Tout au moins faut-il que ce créancier donne caution de le faire valoir plus qu'il n'est estimé, et de se charger des frais, dommages et intérêts qu'il peut causer par une poursuite volontaire et frustratoire (2).

C'est aussi l'opinion de Bretonnier, annotateur d'Henrys.

Ce cas doit être décidé par les mêmes raisons et de la même manière que le cas précédent. Au moyen de la subrogation légale, l'acquéreur remplace les créanciers qu'il a payés dans l'hypothèque antérieure qu'ils avaient. C'est donc comme si originairement il avait eu de son chef une hypothèque antérieure au créancier poursuivant.

(1) M. Dalloz est d'une opinion contraire (Hyp., p. 356, 357), mais à tort, à mon avis. V. *infra*, n° 836.

(2) Liv. 4, ch. 6, p. 29, t. 2.

Or, j'ai dit plus haut que le tiers détenteur ne pouvait dans ce cas empêcher la continuation des poursuites; qu'il pouvait seulement exiger que le poursuivant donnât caution de faire valoir la chose à un prix assez haut pour ne pas souffrir de la recherche.

Cependant un arrêt du parlement de Paris, du 16 juillet 1641, rendu sur les conclusions conformes de M. Talon, avocat général, et rapporté par Henrys, *loc. cit.*, en a jugé autrement, dans un cas où un dernier créancier voulait faire vendre un immeuble à lui hypothéqué sur le tiers détenteur qui avait employé le prix à payer des créanciers antérieurs en hypothèque. Le parlement ordonna par cet arrêt que l'immeuble serait expertisé, afin de connaître quelle était sa véritable valeur, et de savoir s'il y avait espoir que le poursuivant pût par la vente forcée profiter de quelque chose. Mais, l'expertise ayant établi que l'immeuble avait été payé par l'acquéreur à sa véritable valeur, la cour jugea, par un arrêt définitif du 14 juillet 1642, sur les conclusions conformes de M. Talon, que l'acquéreur ne pourrait être inquiété.

Ces arrêts ne peuvent faire aujourd'hui aucune autorité. On ne doit pas hésiter à les rejeter (1).

806. La quatrième exception relevée par les auteurs est l'exception de garantie. Je laisse parler Pothier (2) :

« Lorsque le créancier est personnellement obligé, » de quelque manière que ce soit, envers le possesseur, » à la garantie de l'héritage qui lui est hypothéqué, *putà*, » comme étant devenu l'héritier du vendeur, il résulte » de cette obligation de garantie dont il est tenu, une » exception péremptoire contre son action hypothécaire; » car, la garantie consistant dans l'obligation de défendre le possesseur de tous troubles en la possession de » son héritage, il est évident qu'elle résiste à l'exercice de » l'action pour le lui faire délaisser. De là cette maxime :

(1) M. Grenier, t. 2, p. 81, n° 335. *Suprà*, n° 795 bis.

(2) Orléans, t. 20, n° 41.

» *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio.*

» Lorsque le créancier n'est tenu qu'en partie de la » garantie de l'héritage, il ne sera exclu de l'action » hypothécaire que pour la partie dont il est tenu de » cette garantie.

» Lorsque le créancier n'est pas à la vérité personnellement tenu de la garantie, mais possède des héritages hypothéqués à cette garantie, il peut, comme » possédant ces héritages, être exclu de l'action hypothécaire; mais avec cette différence que le créancier, qui » est personnellement tenu de la garantie, est absolument exclu de l'action hypothécaire; au lieu que celui » qui possède seulement des héritages affectés à cette » garantie, n'est exclu de son action hypothécaire qu'autant qu'il veut retenir ces héritages, et il peut, en les » abandonnant, suivre l'action hypothécaire. »

807. La cinquième exception est l'exception *cedendarum actionum*.

Le tiers détenteur, dit Pothier (1), qui a acquitté la dette par l'effet de la poursuite hypothécaire, a droit de requérir, en payant, la subrogation à tous les droits, actions, hypothèques et privilèges du créancier (2).

On voit que cette exception ne pouvait, même d'après Pothier, arrêter la vente par expropriation forcée. C'était un moyen pour le créancier *qui voulait payer* de se ménager un recours contre les autres tiers détenteurs. Mais, une fois la poursuite en expropriation entamée, l'exception *cedendarum actionum* ne pouvait la paralyser, à moins qu'il n'y eût payement.

Aujourd'hui, le tiers détenteur n'a pas même besoin de demander la cession d'actions. Elle a lieu de plein droit, d'après l'art. 1251 du Code Napoléon, au profit du tiers détenteur qui paye les créanciers hypothécaires.

(1) Orléans, t. 20, n° 42.

(2) V. *suprà*, 788 bis.

Ainsi, l'on doit dire à plus forte raison que l'exception *cedendarum actionum* n'est d'aucune efficacité contre la poursuite en saisie immobilière.

Il pourrait arriver cependant que le créancier poursuivant fût lui-même détenteur de choses hypothéquées à sa dette; alors le détenteur d'autres héritages qu'il poursuit en expropriation forcée peut exiger que le créancier fasse confusion de sa dette, au prorata de ce qu'il possède d'héritages hypothéqués et qu'il a acquis postérieurement à l'acquisition du défendeur (1).

Mais de ce que le créancier devrait diminuer sa créance, il ne s'ensuit pas que la poursuite en expropriation puisse être arrêtée. La poursuite n'est pas nulle pour avoir été commencée pour une somme plus forte que celle qui est due au créancier (art. 2216, Code Napoléon).

Seulement, lors de la sommation de délaisser ou de payer, le tiers détenteur pourrait objecter que le créancier doit faire une défalcation sur son dû, et faire des offres réelles, si le créancier opposait quelque résistance.

ART. 2171.

L'exception de discussion ne peut être opposée au créancier privilégié ou ayant hypothèque spéciale sur l'immeuble.

SOMMAIRE.

808. Que l'on ne peut opposer l'exception de discussion à celui qui a hypothèque spéciale. Ancienne jurisprudence. Variété d'opinions.

809. On ne peut l'opposer contre les créanciers privilégiés.

(1) *Suprà*, n° 789 *ter*. Pothier, Orléans, t. 20, n° 43.

COMMENTAIRE.

808. C'était autrefois une question fort controversée et fort diversement résolue, que de savoir si l'exception de discussion pouvait être opposée au créancier ayant hypothèque spéciale.

Accurse (1) pensait que le créancier ayant hypothèque spéciale ne pouvait être renvoyé à discuter le débiteur principal et ses cautions. C'était aussi l'avis de Masuer et de Dumoulin, et Voët le trouvait assez probable (2). Mais Loyseau (3) soutient qu'il ne faut pas distinguer, et que celui qui a une hypothèque spéciale doit être renvoyé à discuter le débiteur principal, de même que celui qui a une hypothèque générale. Loyseau convient bien qu'anciennement il en avait été autrement; mais il prétend que c'était une mauvaise pratique fondée sur une fausse interprétation de la nouvelle 112.

Tel était le sentiment de Favre (4), de Fachinée (5), de Louet sur Brodeau (6), de Despeisses (7).

Le Code a préféré l'ancienne opinion, qui, du reste, avait pour elle le texte ou l'esprit de la plupart des coutumes (8). L'hypothèque spéciale, qui, chez nous, résulte de la convention, semble prendre dans la convention elle-même quelque chose de plus énergique et de plus étroit, qui s'oppose à ce que le droit qu'elle procure soit suspendu.

(1) Sur la nov. 4, *De fidej.*, § *sed neque*.

(2) Lib. 20, t. 4, n° 3.

(3) Dég., liv. 3, ch. 8, n° 7.

(4) *De errorib. pragmat.*, error 3, dec. 6.

(5) Cont., lib. x, c. 10.

(6) L. H., n° 9.

(7) T. 1, p. 403.

(8) Paris, art. 108. Orléans, art. 436. Sens, art. 154. Tours, art. 217. Basnage, p. 84. Coquille, t. 7, art. 3. Pothier, Orléans, t. 20, n° 35. V. encore là-dessus mon *Commentaire du Cautionnement*, n° 561 et suiv.