suffisans pour faire la discussion (1). Il ne doit indiquer ni des biens du débiteur principal situés hors de l'arrondissement de la cour royale du lieu où le paiement doit être fait, 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 (2).

Je ne fais ici qu'indiquer les principes. Leur développement se rattache à un autre commentaire sur les art. 2022 et suivans du Code civil, au titre du cautionnement. Je me borne à ajouter que, d'après l'art. 2024, toutes les fois que la caution a fait l'indication des biens, et qu'elle a fourni les deniers suffisans pour la discussion, le créancier est, jusqu'à concurrence des biens indiqués, responsable à l'égard du tiers détenteur, 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 insuffisans pour payer le créancier. Car, s'il était évident que les

(1) 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.

(2) 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.

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 de 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.

804. La deuxième a lieu, suivant quelques-uns, pour raison des hypothèques que le tiers détenteur

(1) De l'Act. hyp., liv. 3, ch. 8, n° 24.

(2) Favre, C., lib. 8, t. 6, déf. 30.

(3) Idem, déf. 28.

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 ferait qu'occasioner des frais considérables, qui, diminuant d'autant la valeur de l'immeuble, empêcherait 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

(1) Pothier, Orl., t. 20, n° 40. M. Grenier, t. 2, n° 335.

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

hypothécaires, quoique postérieurs, peuvent le poursuivre hypothécairement : « Ex adverso, dit » Voët, si creditor *antiquior* pignus, non auctione » publicâ sed privatim à debitore comparaverit, » liberum reliquis creditoribus est adversus eum » hypothecariâ agere, et pignus evincere, perindè » ac si extraneo 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 était 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

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

(2) *Suprà*, n° 355.

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 (1)? 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 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 civil, 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 (2).

Néanmoins, comme il serait possible qu'en réalité l'adjudication ne produisît aucun autre résul-

(1) Henrys, liv. 4, q. 29, ch. 6. *Infrà*, n° 805.

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

tat 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 (1); par ce moyen, tous les droits sont garantis et les principes sauvés. Je crois que cet usage n'a rien de contraire au Code civil. *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 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

(1) Pothier, Orléans, t. 20, n° 40. Grenier, t. 2, n° 335, p. 81.

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 opiniâtrément 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).

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

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

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 obli- » gation de garantie dont il est tenu, une excep- » tion 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 : *quem de evic- » tione tenet actio, eumdem agentem repellit ex- » ceptio.*

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

» Lorsque le créancier n'est pas à la vérité per- » sonnellement 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 diffé-

(1) M. Grenier, t. 2, p. 81, n° 335. *Suprà*, n° 795 *bis*.
(2) Orléans, t. 20, n° 41.

» rence que le créancier, qui est personnellement » tenu de la garantie, est absolument exclu de » l'action hypothécaire; au lieu que celui qui pos- » sède seulement des héritages affectés à cette ga- » rantie, n'est exclu de son action hypothécaire » qu'autant qu'il veut retenir ces héritages, et il » peut, en les abandonnant, suivre l'action hypo- » thécaire. »

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 priviléges 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 paiement.

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 civil, au profit du tiers détenteur qui paie les créanciers hypothécaires. Ainsi, l'on doit dire à plus forte rai-

(1) Orl., t. 20, n° 42.
(2) V. *suprà*, 788 *bis* et suiv.

son 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 civil).

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.

ARTICLE 2171.

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

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

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.

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 Novelle 112.

Tel était le sentiment de Favre (4), de Fachi-

(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.