



HAL
open science

Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle

Kouroch Bellis

► **To cite this version:**

Kouroch Bellis. Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle. *Revue juridique de la Sorbonne / Sorbonne Law Review*, 2022, pp.6-21. hal-03965894

HAL Id: hal-03965894

<https://hal.science/hal-03965894v1>

Submitted on 22 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Prescription de l'hypothèque, radiation et obligation naturelle

Kouroch Bellis

*Chercheur chargé du suivi du projet de modernisation
du Code civil, Université du Luxembourg
Visiting Fellow, Information Project Society, Yale Law School
Docteur en droit, Université Paris Panthéon-Assas*

Résumé :

À partir de dispositions de droit romain, on a hésité en France à appliquer aux hypothèques une prescription autonome de quarante ans ou une prescription calquée sur celle de l'obligation principale. En 2021, la Cour de cassation a rendu deux arrêts estimant que l'hypothèque se prescrit en même temps que l'obligation principale. La même année, la réforme du droit des sûretés a renforcé cette règle. Cependant, puisque l'obligation naturelle survit à la prescription de l'hypothèque, la possibilité de radier l'hypothèque naturelle se pose. C'est une question qui a déjà été mise en avant en droit québécois. En France, la jurisprudence juge que la radiation est possible.

Mots-clés :

Hypothèque – Prescription – Sûretés – Réforme – Radiation – Obligation naturelle – Ancien droit – Histoire du droit – Droit romain – Coutumes – France

Abstract :

For centuries, French jurists have discussed whether to apply an autonomous prescription period of forty years to mortgages, or use one modeled on that of the secured obligation. Roman Law provisions were the basis of such discussion. In 2021, the Cour de Cassation handed down two decisions deciding that a mortgage is time-barred at the same time as the secured obligation. The same year, statutory reform reinforced this rule. However, since a natural obligation survives the prescription of the mortgage, this raises the possibility of striking off the natural mortgage. This issue has already been raised in Quebec law. In France, the case law holds that striking off is possible.

Keywords :

Mortgage – Prescription – Suretyship – Reform – Striking off – Natural obligation – Legal History – Roman Law – Customs – France

1. Le délai de prescription à laquelle l'hypothèque est soumise a suscité de vifs débats doctrinaux depuis des siècles. Ces débats prennent leur source dans des textes législatifs du ^v^e siècle de l'ère chrétienne. La réforme de la matière n'a pas éteint les incertitudes, de sorte que la Cour de cassation a affirmé en 2021, dans deux arrêts de cassation rendus le même jour, l'alignement du délai de prescription de l'hypothèque sur celui de l'obligation garantie. Elle utilisait en particulier un raisonnement historique et se référait à l'« ancien droit », de manière spontanée par rapport aux arrêts d'appel et aux pourvois. Cette solution a été renforcée par la réforme du droit des sûretés du 15 septembre 2021 (I). Afin de comprendre la matière, la Cour de cassation fait elle-même référence à l'obligation naturelle, ici encore de manière spontanée par rapport aux arrêts cassés et aux pourvois en cassation. L'obligation naturelle potentielle¹ survit à la prescription de l'hypothèque. Cela pose alors la question de la radiation de l'hypothèque (naturelle), qui a notamment été discutée au Québec (II).

I.- La prescription de l'hypothèque et celle de l'obligation garantie

2. À partir de textes de droit romain, de lois barbares et de coutumes locales, les juristes ont historiquement hésité quant à la prescription à appliquer en matière d'hypothèque (A). La Cour de cassation, renforcée à ce sujet par la réforme du droit des sûretés de 2021, a finalement affirmé la même année un alignement des délais de prescription de l'hypothèque et de l'obligation principale à trente ans (B).

A.- Les hésitations historiques au sujet du délai de prescription en matière d'hypothèque

3. En droit romain², à la période classique, la propriété en général était perpétuelle. Entre le ⁱⁱ^e siècle – semble-t-il – et le ^{iv}^e siècle de l'ère chrétienne, se mirent en place des moyens de défense contre des actions réelles après un temps long. Après une introduction temporaire en Égypte romaine puis des réformes entamées par Constantin, un délai général de prescription se développe. Théodose II et Honorius posent en particulier en 424³ le principe de la défense contre

1 L'obligation naturelle ne survit que sous réserve de la reconnaissance, notamment par paiement ou engagement d'exécuter, qui la révèle en même temps que de la faire devenir civile. V. K. BELLIS, *Système de l'obligation naturelle*, thèse, 2018, Paris II, dir. L. Leveneur ; K. BELLIS, « Système de l'obligation naturelle », *Droits*, n° 69, p. 191-218. Afin de ne pas perturber le lecteur par cette question de droit de l'obligation naturelle avec laquelle il n'est peut-être pas familier, nous n'utiliserons pas systématiquement cet adjectif par la suite et ne ferons le cas échéant que sous-entendre cette précision.

2 P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, 2003, p. 322 et s. et 772 et s.

3 Nous nous fondons sur l'édition de Mommsen mise en ligne par l'Université de Grenoble sur <https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr>

l'action en revendication au bout de trente ans, sans acquisition de la propriété⁴, et dans ce sillage, contre l'action hypothécaire intentée contre un possesseur non débiteur⁵. Une série de délais différents de prescriptions subsistent néanmoins. Quant à l'hypothèque qui grève un bien possédé par le débiteur lui-même, c'est Justin qui introduit en 525 une prescription de 40 ans⁶.

4. Sous les Francs, en 560, Clotaire I^{er} posa une prescription des actions de trente ans en voulant, semble-t-il, synthétiser la « série des lois romaines⁷ » sur le sujet. Le décret de 424 était par ailleurs compris dans le Code théodosien⁸, connu et appliqué. Il semble qu'on appliquait cette prescription de manière très générale jusqu'à ce qu'on redécouvre les compilations justiniennes⁹ et que les avis divergent quant au caractère applicable du décret de 525. De là une très grande diversité des coutumes sur la question.

5. Ainsi, au sein des coutumes de l'époque moderne, certaines s'en tiennent à trente ans, d'autres reprennent la prescription de quarante ans, beaucoup ne disent rien sur l'hypothèque en particulier. Les choses sont cependant bien plus compliquées, puisque les pratiques locales ont introduit des distinctions entre hypothèque du bien du débiteur ou du bien d'un tiers et entre hypothèque légale et hypothèque conventionnelle¹⁰. Bien entendu, au sein de chaque ressort coutumier, les choses n'étaient pas forcément claires ni stables au gré des réformes des coutumes. Par ailleurs, il faut combiner les sources coutumières avec la jurisprudence de chaque Parlement¹¹, qui pouvait d'ailleurs être plurale car elles avaient affaire avec différentes coutumes. En Bretagne, la coutume explicite 30 ans¹². En Normandie, on applique

4 C'est effet Justinien qui, en 528, donnera à la possession trentenaire cet effet, à condition qu'elle eût été de bonne foi.

5 C. J., 7, 39 *De praescr. XXX v. XXXX ann.*, 3.

6 C. J., 7, 39 *De praescr. XXX v. XXXX ann.*, 4. L'expression « loi *Cum notissimi* » est valable pour l'ancien droit français, mais il ne s'agit pas du tout, dans le contexte romain, d'une loi, mais, en l'occurrence, d'un édit.

7 *Chlotarii Regis constitutio generalis*, 560, art. 13, dans É. BALUZE (collecteur) et P. CHINIAC DE LA BASTIDE (édition), *Capitularia regum Francorum*, Paris, Quillau, 1780. En latin. Nous remercions le professeur Philippe Cocatre-Zilgien pour nous avoir guidé dans la lecture du texte.

8 Comme le rappelle CUVAS. C. HENRYS, *Recueil d'Arrests remarquables donnez en la Cour de Parlement de Paris*, Paris, Jacques D'Allin, 1662, vol. 1, livre 4, chapitre 6, question 73.

9 Pour cette lecture historique, voir *Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne*, par Chabrol, chap. 17, art. 1, note T. CHAUVELAIN ; PH.-A. MERLIN, « Prescription », § 11, dans J.-N. GUYOT (dir.), *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, criminelle, canonique et bénéficiale*, Paris, Panckoucke et Dupuis, 1781, t. 47. V. aussi J.-L. THIREAU, *Introduction historique au droit*, Paris, Flammarion, 2009, 3^e éd., p. 136. Pour une série d'édicitions locales en France de la prescription trentenaire avant l'intervention des compilations justiniennes, voir : C. HENRYS, *eod. loc.*

10 Les délais que nous donnons valent plutôt pour l'hypothèque conventionnelle.

11 L'équivalent de nos cours d'appel, mais avec un statut politique bien plus important.

12 *Coutumes générales du pays et duché de Bretagne, réformées en l'an mil cinq cens quatre vingts par ordonnance du Roy, Aitiologia...* B. D'ARGENTRÉ, Paris, J. Dupuis, 1584, art. 285.

plutôt 40 ans¹³. À Toulouse, le parlement et l'usage appliquent 30 ans¹⁴. Merlin critique d'ailleurs « le parlement de Toulouse, qui se pique de suivre plus exactement qu'aucun autre les dispositions du droit romain¹⁵ » et les juristes toulousains sont conscients qu'ils n'appliquent pas une règle romaine paradoxalement appliquée en pays de coutume¹⁶. On pratique aussi les 30 ans à Bordeaux¹⁷, en Bourgogne et à Besançon¹⁸. La coutume d'Auvergne prévoit une prescription générale de 30 ans, et cela semble avoir été appliqué à l'hypothèque, sauf dans la partie de la Haute Auvergne qui suit le droit écrit¹⁹. La coutume d'Orléans prévoit une prescription immobilière de 40 ans et cela s'étend, selon Pothier, à l'hypothèque²⁰. Le Parlement de Paris semble appliquer les 40 ans²¹ mais il faut notamment mettre à part la coutume de Paris, en vertu de son article 118 qui pose une prescription générale de 30 ans et que d'importants interprètes étendent à l'hypothèque²², de même que celle du Bourdonnais²³, du Valois et de Clermont²⁴... D'autres coutumes du même ressort prévoient au contraire explicitement les 40 ans : Amiens²⁵, Melun, Étampes, Montfort, Mante, Reims, Senlis²⁶, Vitry-le-François²⁷... De sorte qu'Auzanet, parisien partisan des 30 ans, indique qu'en réalité, au Palais même, on doute sur la solution que la Cour donne sur le fondement de la coutume de Paris en raison des solutions

13 H. BASNAGE, *Traité des hypothèques*, Rouen, Jean Lucas, 1687, p. 342 ; FRIGOT, *Coutume de Normandie*, Coutances, G. Joubert, 1779, p. 365. Un auteur moins diffusé, critique général de BASNAGE, distingue selon la nature immobilière ou mobilière de l'action principale, qui auraient leur prescription spécifique et corrélative, car « il est naturel que l'accessoire périsse ou finisse avec son principal ». O. ESTIENNE, *Nouveau traité des hypothèques, avec remarques sur l'ancien traité*, Rouen, Jacques Besongne, 1705, p. 120. Langue modernisée.

14 B. DE LA ROCHE-FLAVIN et FR. GRAVEROL (augm.), *Arrêts notables du Parlement de Tolose*, Toulouse, N. Caranove, 1745 La Roche-Flavin estime qu'il faut appliquer les 40 ans du Code.

15 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

16 B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *eod. loc.* ; G. DE MAYNARD, *Notables et singulieres questions du droit écrit, decises ou prejugees par arrests memorables de la cour souveraine du parlement de Tholose*, Paris, Robert Fouet, 3^e éd., 1608, p. 510-511. Maynard s'appuie sur la coutume de Paris et Charondas le Caron, qu'il loue.

17 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

18 F.-J. MAMERT DE JUSSIEU DE MONTLUEL, *Instruction facile sur les conventions, ou Notions simples sur les divers engagements qu'on peut prendre dans la société*, Paris, Leclerc, 1766, p. 285-286.

19 Coutumes générales et locales de la province d'Auvergne, préc., p. 657.

20 R.-J. POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, intr. n° 60 et comm. art. 261, dans *Œuvres de Pothier*, t. 10, éd. A. DUPIN, Paris, Béchét aîné, 1824-1825, 11 t.

21 F.-J. Mamert de Jussieu de Montluel, préc., p. 285.

22 L. CHARONDAS LE CARON, *Nouveau commentaire sur la coutume de la ville, prévosté et vicomté de Paris, ou droit civil parisien*, Paris, 1613, p. 98v.

23 DUMOULIN, également commentateur de la coutume de Paris, et a cet avis, comme d'autres. M. AUROUX DES POMMIER, *Coutumes générales et locales du Païs et duché de Bourbonnois*, Paris, Lebreton, 1732, comm. art. 23. CHS. C. DE LORIMIER, *op. cit. infra*, t. 20, p. 204.

24 DE SAINT LEU, *Coutumes du baillage de Senlis*, Paris, Maurice Villery, 1703, comm. art. 190.

25 J. DE FRESNES, *Commentaire sur la coutume générale du bailliage d'Amiens et sur la coutume locale de la ville, prévôté et banlieue dudit Amiens*, dans *Le Coutumier de Picardie*, Paris, Aux dépens de la société, t. 1, p. 250, comm. art. 162.

26 G. FORTIN, *Conférence de la coutume de Paris, avec les autres coutumes du royaume de France*, Paris, Abel L'Angelier, 1595, comm. art. 118. Quoique le commentateur de celle de Senlis (De Saint Leu) interprète les mots « avec ou sans titre » comme réservant la prescription quarantenaire au cas du possesseur non débiteur.

27 CH. DE SALLIGNY, *Coutume de Vitry-le-François*, rédigée en 1509 sous le nom de Vitry-en-Pertois, art. 137.

contradictoires données par les « arrestographes²⁸ » (auteurs). Parmi ces coutumes, certaines prévoyaient par ailleurs, en cas de possession par un tiers, une sorte de prescription acquisitive qui évince l'hypothèque, au bout de 10 ou 20 ans suivant les cas, dans celles de Paris, Estampes, Poitou, Senlis, Reims, Clermont, Valois, ou de 5 ans, comme dans celles d'Anjou, du Maine ou du Loudunais²⁹.

Jean Papon, au XVI^e siècle, qui cherche des principes généraux français, puis Pothier, dans la seconde moitié du XVIII^e siècle, présentent les 40 ans comme la règle³⁰. Parmi ceux qui émettent une opinion, Charondas le Caron trouve, au XVI^e siècle, cette prescription « étrange³¹ » et, à la fin du XVIII^e siècle, Merlin estime qu'à partir du moment où il n'y a pas de « droit commun » en pays coutumier, il faut en revenir « aux premiers principes » et en rester à trente ans³². Mais Claude Henrys, au XVII^e siècle, est bien plus critique. Il se distancie de Cujas et s'appuie plutôt sur d'Argentré (Bretagne), Boyer (Berry) et Papon (Bourdonnais). Selon lui, l'idée que l'« accident » puisse subsister sans son « sujet » « détruit non seulement les principales du droit, mais encore les règles de la nature » et le fait que quelques coutumes prévoient une telle chose a « procédé plutôt de l'humeur de quelques praticiens zélés pour le droit romain que du consentement de ces provinces³³ ».

6. Dans son exposé des motifs du titre relatif à la prescription, Bigot de Préameneu explique qu'« on est surpris de trouver » dans les lois romaines une telle règle et qu'il est « contraire aux principes » que l'hypothèque conventionnelle, accessoire, n'est pas éteinte alors que l'obligation principale l'est au bout de trente ans³⁴. Grenier, tribun, explique au sujet du futur article 2180 (aujourd'hui article 2488) qu'il s'agit de la reprise des principes « sur la prescription des droits ordinaires, auxquels il était impossible de ne pas assimiler l'hypothèque³⁵ ».

7. Cela n'avait pas empêché les débats. C'est la raison pour laquelle, dans le projet de réforme des hypothèques de 1850, dont le rapporteur fut Vatimesnil³⁶, un

28 B. AUZANET, « Mémoires et réflexions sur les questions les plus importantes de droit et de coutume », p. 61, dans *Œuvres*, Paris, Nicolas Gosselin, 1708.

29 G. FORTIN, préc., comm. art. 114 ; J. BECHEFER, *La bibliothèque, ou trésor du droit françois*, Paris, Girin et Rivière, 1671, t. 2, p. 964.

30 J. PAPON, *Trias judiciaire du second Notaire*, Lyon, Jean de Tournes, 1575, p. 660. R.-J. POTHIER, *Coutumes d'Orléans*, n° 190, dans *Œuvres de Pothier*, préc., t. 8. Pothier explique la compatibilité avec la règle de l'accessoire par la survie d'une obligation naturelle.

31 L. CHARONDAS LE CARON, *eod. loc.*

32 PH.-A. MERLIN, préc., § 11.

33 C. HENRYS, *Recueil d'Arrests remarquables donnez en la Cour de Parlement de Paris*, *eod. loc.* Il restreint ensuite les cas dans lesquels le délai de 30 ans s'applique selon lui.

34 F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs du titre relatif à la prescription », p. 589, dans P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, 2^e éd., t. 7, p. 573 et s.

35 GRENIER, « Rapport sur le titre relatif aux privilèges et hypothèques », p. 507-508, dans P.-A. FENET, préc., t. 15, p. 476 et s.

36 Avocat, procureur général près la Cour de cassation, premier ministre de l'Instruction publique de l'histoire, il créa la chaire de droit des gens, restaura celle de droit administratif à la Faculté de droit de Paris et introduisit l'enseignement des langues vivantes dans les collèges, entre autres. A. ROBERT et G. COUGNY, *Dictionnaire des parlementaires français*, Paris, Bourloton, 1891, « Vatimesnil (Antoine Lefebvre de) ».

alignement explicite des prescriptions était prévu. On y trouve en effet cette phrase : « L'hypothèque n'est pas susceptible de prescription, indépendamment de la prescription de l'obligation principale³⁷ ». Ce projet n'a cependant pas abouti.

8. Dès lors, la Cour de cassation a pu décider en 2015, dans un arrêt très largement critiqué en doctrine³⁸, que le tiers acquéreur d'un bien grevé d'une hypothèque ne peut opposer la prescription de la créance principale au créancier qui exerce son droit de suite³⁹. Il s'agissait d'un revirement de jurisprudence⁴⁰. De plus, les juges du fond pouvaient appliquer un délai autonome, comme le montre deux arrêts de cassation rendus en 2021.

9. C'est justement à l'occasion de ces deux arrêts que la Cour de cassation a affirmé la règle du décalque du délai de prescription de l'hypothèque sur celui de l'obligation principale. La même année, le législateur a renforcé cette solution.

B.- L'affirmation de l'alignement des délais en 2021

10. Par deux arrêts rendus en 2021⁴¹, la Cour de cassation a affirmé l'alignement des délais de prescription. Les faits d'espèce sont assez simples. Deux couples font chacun un emprunt auprès du même organisme financier et garantissent leur dette par une hypothèque, les uns en même temps, les autres plus tard à la suite d'une procédure judiciaire. L'action en paiement de la dette est déclarée prescrite. Les propriétaires grevés d'une hypothèque demandent alors la radiation de celle-ci.

La même cour d'appel juge les deux affaires le même jour et se fonde, en confirmation, sur un raisonnement un peu compliqué. Elle procède en effet à une distinction entre la « prescription libératoire⁴² » d'une créance, entraînant son extinction, et la prescription de l'action, laissant subsister la créance. La première semble correspondre à la prescription quinquennale de droit commun et ne serait pas consommée. La seconde serait la prescription biennale que prévoit l'article

37 Projet de réforme des hypothèques, art. 2191, al. 2, dans *JO AN*. 21 févr. 1851. Voir P. PONT, préc., n° 1246.

38 P. THÉRY, « Les malheurs du tiers acquéreur », *D.* 2015, p. 964 ; C. BRENNER, « Saisie immobilière dirigée contre le tiers détenteur : une décision troublante », *JCP N* 2015, 1149 ; V. BRÉMOND, « La vigueur du droit de suite hypothécaire », *JCP G* 2015, 496 ; P. DELEBECQUE, « Droit des sûretés », *JCP G* 2015, 604, n° 11 ; A. LEBORGNE, « Droit de l'exécution. Mars 2014-mars 2015 », *D.* 2015, p. 1346 ; C. BRENNER, « Saisie immobilière pratiquée contre un tiers détenteur : double incompréhension », *Gaz. Pal.* 5 sept. 2015, n° 236z5, p. 18 ; P. CROCQ, « Panorama de droit des sûretés », *D.* 2015, 1810 ; W. DROSS, « L'hypothèque est-elle (encore) un droit réel accessoire ? », *RTD civ.* 2015, 652 ; C. JUILLET, préc., n° 180. Non critique : L. LAUVERGNAT, « Saisie immobilière : le tiers détenteur, un tiers "réellement" tenu », *Gaz. Pal.* 16 juin 2015, p. 36, n° 228q5.

39 Civ. 2^e, 19 févr. 2015, n° 13-27.691.

40 C. BRENNER, notes préc.

41 Civ. 3^e, 12 mai 2021, n°s 19-16.514 et 19-16.515. *Adde* : *D.* 2021, 1367, note J.-D. PELLIER ; *JCP* 2021, Doctr. 623, n° 12, obs. G. LOISEAU ; *RLDC*, sept. 2021, 6977, obs. M. MIGNOT ; *RDBF*, juil. 2021, comm. 98, par D. LEGAIS.

42 Motifs propres et adoptés, cités *in extenso* dans le pourvoi.

L. 137-2 du Code de la consommation, applicable en l'espèce, et serait quant à elle acquise. Or, l'article 2443 du Code civil dispose que la radiation d'une hypothèque a lieu lorsque la créance est « éteinte ». De même, l'article 2488 dispose que l'extinction d'une hypothèque a lieu par « l'extinction » de l'obligation principale, ou par la « prescription », en opposant le cas des biens qui sont dans les mains du débiteur du cas opposé. La cour d'appel interprète cette dernière disposition en estimant que, dans le cas où seule l'action est éteinte et non la créance – cas qu'elle estime être celui qui se présente à elle dans les deux affaires – alors l'hypothèque ne s'éteint qu'en cas de tierce détention, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Autrement dit, dans le cas d'espèce qui est celui de la détention par le débiteur, prévue par l'article 2488, 2^o, alinéa 2, l'hypothèque pourrait avoir une prescription indépendante de l'action permettant la réalisation d'un droit principal. Elle estime donc que, la créance n'étant pas éteinte, les propriétaires grevés n'ont pas le droit à cette radiation.

Les propriétaires forment alors un pourvoi en cassation. Assez simplement, ils estiment qu'il n'y a pas d'obligation qui survit à la prescription de l'article L. 137-2 du Code de la consommation et donc que l'hypothèque est bien éteinte.

11. Dans ses deux arrêts publiés, la Cour de cassation a cassé les arrêts d'appel avec ce même attendu : « En précisant que la prescription est acquise au débiteur resté détenteur de l'immeuble hypothéqué par le temps fixé pour la prescription de l'action qui naît de l'obligation principale dont l'hypothèque ou le privilège est l'accessoire, les rédacteurs du Code civil ont souhaité proscrire la règle de l'ancien droit, selon laquelle l'action hypothécaire survivait à la prescription de l'action personnelle en devenant l'accessoire d'une obligation naturelle, et faire, au contraire, coïncider la prescription de la créance et l'extinction de l'hypothèque ».

12. La Cour de cassation prit donc parti en 2021 pour une conception beaucoup plus simple, par rapport à celle de la cour d'appel, des rapports entre prescription et hypothèque, et elle le fait de manière particulièrement appuyée.

En effet, premièrement, elle mentionne l'« ancien droit » et le souhait des « rédacteurs du Code civil » par rapport à celui-ci, ce qui est inédit dans sa jurisprudence récente. En effet, en l'état des sources disponibles⁴³, si l'on exclut les simples reprises des moyens des pourvois, depuis le xx^e siècle, la Cour de cassation n'a elle-même mentionné l'« ancien droit » français que lorsque celui-ci est applicable au litige et mentionné auparavant par la cour d'appel ou le pourvoi, et ceci uniquement en matières foncière⁴⁴ et patronymique⁴⁵. C'est un effet inattendu de la nouvelle rédaction des arrêts de la Cour de cassation : la mobilisation de l'histoire, du fait de son unique portée explicative.

Deuxièmement, elle utilise la notion d'obligation naturelle, ici encore pour la première fois dans le cadre du litige. C'est une fois de plus assez novateur. Cette

⁴³ Selon les bases de données LamyLine, Dalloz et Lexis360.

⁴⁴ Cass., civ. 3^e, 6 mars 1991, n^o 89-17.786 ; Cass., civ. 3^e, 16 oct. 1984, n^o 83-14.905 ; peut-être Cass., civ. 3^e, 18 oct. 1983, JurisData 1983-702110.

⁴⁵ Civ. 1^{re}, 23 janv. 1982, n^o 80-16.435.

notion est d'habitude très utilisée par les juridictions du fond, mais beaucoup moins par la Cour de cassation.

Troisièmement, en plus de casser l'arrêt qui fait l'objet du pourvoi, elle décide de ne pas renvoyer l'affaire en cour d'appel et de directement juger l'affaire au fond. En coupant l'herbe sous le pied à toute résistance des juges du fond, elle rend la décision plus tranchante et donc plus saisissante.

13. La troisième chambre civile casse donc l'arrêt d'appel en soulignant que l'ancien droit français connaissait une prescription différente pour l'obligation principale et l'hypothèque, qui pouvait être valable civilement après la prescription de la première du fait de l'obligation naturelle qui lui survivait, mais que les codificateurs ont voulu faire coïncider les prescriptions. Dès lors, elle évince les distinctions opérées à l'unisson par les juges du fond. Selon elle, la prescription de l'action par l'article L. 137-2 du Code de la consommation était un cas de prescription tel que mentionné par l'ancien article 1234 prévoyant l'extinction de l'obligation dans ce cas. Par ailleurs, selon la Cour de cassation, l'article 2488 prévoit un caractère accessoire général de l'existence d'une hypothèque par rapport à l'obligation principale civile.

14. Cette solution est justifiée. Notre survol historique de la matière montre qu'en 1804, il s'agissait, d'une part, d'établir un principe général, selon lequel l'accessoire suit le principal. Mais aussi, bien que ce ne soit pas explicite sur ce sujet précis, il s'agissait ici comme ailleurs d'opérer une très grande simplification de la question.

Au sujet du principe général, il est vrai que la règle de l'accessoire et du principal a vocation à aboutir à la solution de l'arrêt commenté. Cependant, cela ne nous semble pas décisif. On pourrait en effet argumenter, un peu comme le faisait la cour d'appel, que la prescription hypothécaire suit celle de droit commun des créances, alors que la règle du Code de la consommation établissait une prescription spéciale que ne suivrait pas la prescription hypothécaire attachée à la créance civile. Un tel raisonnement a un sens, et se fonde sur une double distinction possible entre droit et action en justice et entre droit commun et droit spécial. Autrement dit, la justification explicite et technique des codificateurs est pertinente de nos jours, mais, en l'occurrence, non décisive, du fait des changements législatifs trop importants intervenus depuis, et notamment de l'émergence d'un droit spécial de la consommation disposant en termes d'actions. Il est donc possible mais difficile de savoir ce qu'ils auraient décidé aujourd'hui.

Le second aspect, plus profond, semble bien plus important. L'histoire des prescriptions est en fin de compte très actuelle. La multiplication actuelle des délais de prescription évoque en effet au juriste la situation complexe d'Ancien régime. On voit alors qu'il y a un péril à ce que la machine de la complexification s'emballe et un salut dans la simplification. Toute spécialisation, qui peut être salutaire dans le but de justice d'appliquer à chaque cas une règle adéquate, comporte une part de complexification inévitable. Encore faut-il que la spécialisation serve un certain but et ne soit pas le fruit d'un raisonnement technique opéré, en quelque sorte, pour la

beauté du geste. Ici comme ailleurs, les codificateurs ont opéré une simplification salutaire, nécessaire aux impératifs de justice et d'efficacité du droit. Le raisonnement de la cour d'appel en 2021 avait peut-être pour intérêt de préserver le "droit" des créanciers, mais il est raisonnable de penser que le législateur, en établissant l'article L. 137-2 du Code de la consommation, a voulu aussi amputer les droits accessoires, et dès lors, dans le doute, il valait mieux prendre le parti le plus simple.

15. L'utilisation de l'histoire du droit par la Cour de cassation ne manque pas de frapper. On ne saurait, ici encore, que saluer cette profondeur qui est ainsi apportée dans les raisonnements entrepris.

Nous avons d'ailleurs affaire à une excellente illustration de l'extrême pertinence de cette démarche. L'arrêt, sur lequel celui-ci semble revenir, s'appuyait sur un arrêt antérieur isolé et non publié⁴⁶. Or, raisonner sur le court terme et par rapport à sa propre jurisprudence a abouti, pour la Cour de cassation, à rendre un arrêt que la doctrine a trouvé un peu absurde⁴⁷. Au contraire, la Cour de cassation raisonne cette fois-ci sur le long terme et par rapport à des notions fondamentales et aboutit à un arrêt que la doctrine ne manquera pas d'approuver.

Il faut espérer que ce ne sera pas un cas isolé. On peut en effet souhaiter un retour progressif de la méthode historique en France. La réforme des enseignements juridiques en France et la suppression des études obligatoires de droit romain⁴⁸ a mécaniquement abouti à une moindre utilisation du droit romain et de l'histoire du droit. Or, les bienfaits pratiques et actuels d'en revenir à l'histoire et aux fondamentaux sont bien connus.

16. Quant à l'arrêt du 19 février 2015⁴⁹, la question du droit de suite appelle à d'autres considérations et les arrêts de 2021 ont été rendus, entre autres, au visa de l'article 2288, 4°, alinéa 2 (détention par le débiteur), alors que l'affaire de 2015 se situerait plutôt dans le champ de l'alinéa 3 (tiers détenteur). Néanmoins, l'arrêt de 2015 doit probablement être considéré comme remis en cause. En effet, d'une part, dans le dialogue entre la doctrine et la jurisprudence, les arrêts de 2021 ressemblent à une réponse positive aux critiques formulées par la doctrine il y a quelques années. D'autre part, on peut penser que l'alignement total et général dans ces arrêts des

⁴⁶ PH. THÉRY, note préc.

⁴⁷ « On peut se demander ce qui a bien pu pousser les hauts magistrats à énoncer une telle solution ». P. CROCQ, note préc. « Le commentateur est presque gêné d'avoir à rappeler que l'hypothèque est un accessoire [...] ». PH. THÉRY, préc.

⁴⁸ Un professeur de droit parisien aujourd'hui décédé expliquait cette disparition, de manière informelle mais sérieuse, de la manière suivante. Elle aurait pour origine le fait qu'un certain professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris donnait des cours qui n'étaient pas du tout appréciés par ses étudiants. Une fois ces étudiants en fonction dans des ministères ou des facultés en relation avec les ministères, ils auraient eu pour doctrine un « plus jamais ça ! ». Ils auraient alors fait supprimer l'enseignement obligatoire du droit romain (série de matières fondamentales) des programmes. Cette anecdote illustre l'effet gigantesque qu'un professeur de droit peut avoir sur l'ensemble du droit substantiel d'un pays. En effet, selon cette anecdote, malgré lui, ce professeur aurait transfiguré fondamentalement la formation technique et intellectuelle des juristes producteurs de droit (magistrats, professeurs, praticiens, membres des ministères, politiques...) partout en France.

⁴⁹ Civ. 2^e, 19 févr. 2015, n° 13-27.691. V. *supra* n° 8.

existences civiles de la créance principale et de l'hypothèque dans le cas où le bien se situe entre les mains du débiteur devrait *a fortiori* aboutir sur cet alignement lorsque le bien est entre les mains du tiers détenteur.

17. La réforme du 15 septembre 2021 a renforcé l'alignement des délais. Le nouvel article 2474 du Code civil reprend l'ancien article 2488, mais en purgeant la mention de la prescription et les deux alinéas suivants qui détaillent cette question.

L'alinéa 2 du 4^o de l'ancien article est une répétition du 1^o qui avait deux utilités : à titre principal, « répudier nettement » la prescription quarantenaire et, de même, marquer la différence avec le cas du tiers détenteur⁵⁰. La première utilité n'étant plus d'actualité, cet alinéa n'a d'intérêt qu'autant que le suivant en a.

Le troisième alinéa, quant à lui, avait pour fonction, comprend-on, de séparer la prescription extinctive de l'hypothèque de la prescription acquisitive de la propriété, sans remettre en cause la « vie commune » de la créance et de l'hypothèque qui lui est accessoire⁵¹. L'absence de coïncidence de ces prescriptions est un principe toujours affirmé⁵². Il se trouve cependant que le principe même d'une prescription extinctive propre à l'hypothèque est jugé désuet maintenant que, depuis 1955, toutes les hypothèques doivent être déclarées et que la purge est organisée⁵³, puisqu'il n'y a plus besoin de protéger l'acquéreur contre les hypothèques occultes⁵⁴. Par ailleurs, il s'agirait d'une « hypothèse d'école⁵⁵ » « hautement improbable⁵⁶ », à l'« utilité pratique [...] nulle⁵⁷ » et « passablement complexe » qui plus est⁵⁸. Enfin, elle ferait courir un risque injuste au créancier hypothécaire⁵⁹ : c'est au tiers de se renseigner sur les inscriptions⁶⁰. Aussi, on a franchement plaidé pour sa suppression⁶¹.

Cette suppression clarifie en outre probablement la matière, de manière à éviter les décisions telles que celles rendues au fond en l'espèce. Le triple alinéa de l'ancien article 2488, 4^o, semble en effet avoir fait rentrer les juges du fond dans des raisonnements complexes de manière à faire porter la confusion sur les principes applicables. Elle assied donc la décision ainsi rendue par la Cour de cassation.

50 A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, Morel et Guilbert, 1844, 4^e éd., t. 20, n^o 306 ; P. PONT, *Commentaire-traité des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée* (continuation de V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 11), Paris, Delamotte et fils, 1876, 3^e éd., t. 2, n^o 1242.

51 P. PONT, préc., n^o 1245 et s.

52 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PÉTEL, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 2015, n^o 68 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Droit civil : les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 216, n^o 571 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Droit civil : Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 1987, n^o 388.

53 H. et L. MAZEAUD, J. MAZEAUD ; F. CHABAS et Y. PICOD, *Leçons de droit civil. 3,1, Sûretés, publicité foncière*, LGDJ, 1999, n^{os} 572-573

54 PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1998, n^o 224. Dans le même sens : G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, préc., n^o 386 ; M. BOURASSIN et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Dalloz, 2017, 6^e éd., Sirey, n^o 1210.

55 M. CABRILLAC et coll., *eod. loc.*

56 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, Puf, 2016, 3^e éd., n^o 333.

57 M. DAGOT, *Les sûretés*, Puf, 1981, p. 501.

58 M. CABRILLAC et coll., *eod. loc.* V. le régime détaillé dans : H. MAZEAUD et coll., préc., p. 488 et s.

59 PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Les sûretés*, Dalloz, 2016, n^o 48.

60 A. WEILL, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 1979, n^o 597.

61 H. MAZEAUD et coll., préc., n^o 578.

On remarque néanmoins que la nouvelle rédaction fait de la liste en question une liste indicative, du fait d'un « notamment ». Il aurait probablement été plus clair et efficace de reprendre la phrase qui se trouvait dans le projet Vatimesnil de 1850⁶².

18. La solution laisse place à une autre question. Dans l'arrêt de 2021, les requérants voulaient en effet obtenir la radiation de l'hypothèque. Or, l'obligation naturelle survit à l'hypothèque. La résolution de cette question mérite donc un approfondissement.

II.- La radiation de l'hypothèque malgré la survie de l'obligation naturelle

19. L'obligation naturelle survit à la prescription (A) et, sur ce fondement, la radiation est un choix et non une nécessité logique (B).

A.- Survie de l'obligation naturelle à la prescription de l'hypothèque

20. Il ne faut pas se méprendre sur la portée de l'alignement des délais en matière d'obligation naturelle et de prescription, qui a originellement eu lieu en 1804. Cet alignement ne signifie absolument pas qu'on ne considère plus que l'obligation naturelle ne survit plus à la prescription. Un des plus beaux passages du droit français concernant l'obligation naturelle, et même peut-être du droit français en général, maintes fois cité à par nos soins et apprécié⁶³, est non seulement relatif à l'obligation naturelle qui survit à la prescription, mais encore se situe dans l'exposé des motifs même de Bigot de Préameneu dans lequel il présentait cet alignement des délais⁶⁴. Tout le système de la prescription ne tient que parce qu'il laisse l'obligation naturelle subsister. Comment imaginer un système dans lequel le paiement, dans la vie civile, de sa dette ne serait pas valable en droit sous prétexte d'une prescription générale, alors édictée de manière autoritaire et déconnectée de la réalité ? Tout législateur doit respecter la vie civile naturelle⁶⁵ et loin du législateur de 1804 l'idée de se séparer

⁶² V. *supra* n° 7.

⁶³ Le passage est visé dans : R. MARTY, « Les clauses de remise d'action ou de limitation de recours dans les financements structurés », *RDBF*, sept. 2020, étude 15.

⁶⁴ F.-J.-J. BIGOT DE PRÉAMENEU, « Exposé des motifs du titre relatif à la prescription », p. 589. Après avoir expliqué qu'on a recherché les délais qui ménagent le plus les différents intérêts, il ajoute : « Si ensuite l'équité se trouve blessée, ce ne peut être que dans des cas particuliers. La justice générale est rendue, et dès lors les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social. Mais ce sacrifice, exigé pour le bien public, ne rend que plus coupable dans le for intérieur celui qui ayant usurpé, ou celui qui étant certain que son engagement n'a pas été rempli, abuse de la présomption légale. Le cri de sa conscience, qui lui rappellera sans cesse son obligation naturelle, est la seule source que la loi puisse laisser au propriétaire ou créancier qui aura laissé courir contre lui la prescription. »

⁶⁵ J.-É.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du Gouvernement », p. 482, dans P.-A. FENET, préc., t. 1 : « Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre, s'il n'observait avec soin les rapports naturels... »

de ce principe⁶⁶. C'est tout le principe des obligations naturelles, si essentielles, dont il s'agit ici.

Cet alignement ne signifie pas, non plus, que l'obligation naturelle ne puisse pas avoir en principe des effets en droit des sûretés. L'obligation naturelle est une notion juridique, prévue par le Code civil, ayant son régime et sur la base de laquelle d'autres régimes peuvent se fonder. En droit du cautionnement, nous savons que les codificateurs ont repris Pothier et que les cas où la caution est tenue mais pas le débiteur principal (qui a une exception purement personnelle) est entièrement fondé sur la survie d'une obligation naturelle qui devient l'objet du cautionnement⁶⁷.

21. La question est donc de savoir si le législateur civil *veut* faire perdurer civilement la sûreté sur le fondement de l'obligation naturelle. Par exemple, en droit allemand, en droit estonien et en droit roumain, la prescription de l'obligation garantie n'empêche pas de réaliser l'hypothèque⁶⁸ tandis que le droit chilien prévoit explicitement l'extinction de l'action hypothécaire avec celle de l'obligation à laquelle l'hypothèque est attachée⁶⁹. Bien entendu, quelque soit le choix du législateur, il doit décider avec une certaine cohérence et, par exemple, en matière de cautionnement, il serait contradictoire de refuser de le faire et en même temps d'instaurer des cas où seule la caution est tenue. Il n'y a cependant aucune contradiction à vouloir faire coïncider la prescription de l'hypothèque et celle de l'obligation principale, et tel fut le souhait des réformateurs de 1804. D'ailleurs, en droit français, la coïncidence entre obligation civile et validité civile de l'hypothèque est très générale et ne s'arrête pas à la prescription⁷⁰.

22. En tout état de cause, l'arrêt de 2021 de la Cour de cassation montre l'importance de l'obligation naturelle pour comprendre la matière. En effet, elle faisait face à un raisonnement particulièrement compliqué de juges du fond et un pourvoi lui a posé une question sans jamais faire référence à l'obligation naturelle. Pour résoudre la question complexe, elle fait alors spontanément appel à l'histoire, qui lui donne une clé de compréhension à travers cette notion qu'elle a spontanément utilisée. En effet, lors d'une période récente, la notion d'obligation naturelle a été déformée de manière à ce qu'on ne l'utilise plus pour comprendre une série de questions dans lesquelles elle est pourtant incontournable. Ce retour à l'histoire a alors permis aux juges de comprendre le principe de la possible différence entre les prescriptions et

66 « Oui, loin de nous la pensée que les droits de l'équité naturelle puissent être indifférents au législateur civil ! La foi intime ne serait-elle pas toujours le premier lien de la société ? Le fondement de toute obligation est dans la conscience de celui qui la contracte. » P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 13, p. 340. Certes, avant 1804, on trouve des auteurs qui remettent en cause la survie de l'obligation naturelle, mais il s'agissait de discussion engluée dans les lois romaines et faites pour argumenter en dépit de celles-ci et, de l'aveu même de Merlin, en réalité, il s'agit de rejeter les conséquences civiles relatives à l'obligation naturelle. P.-A. MERLIN, « Prescription », sect. 1, § 2, dans J.-N. GUYOT (dir.), *id.*, Paris, Visse, 1784, t. 13.

67 V. nos études citées *supra* note 1.

68 § 216 (1) du BGB, § 145.1 (1) du Code civil estonien et art. 2504 (1) du Code civil roumain.

69 Art. 2516 du Code civil chilien.

70 C. JUILLET, « Hypothèque », *Rep. dr. civ.*, mai 2019, n° 167 et s. Les tempéraments présentés sont tout à fait limités.

par là de mieux voir ce que signifie leur alignement. Grâce à l'obligation naturelle, elle a compris la matière de manière beaucoup plus simple et donc efficace et a pu résoudre avec assurance la question posée.

23. On remarque aussi que la cour d'appel dont les décisions ont été cassées en 2021 s'appuyait sur une distinction entre la créance et l'action. Or, on traite souvent de l'obligation naturelle à travers celle-ci. La complexité des raisonnements de la cour d'appel, auquel ce procédé aboutit, illustre très bien le péril qu'il y a à une telle démarche⁷¹. Si son raisonnement est complexe, c'est parce qu'il est en quelque sorte en "roue libre" et qu'on ne voit pas le sens global, le fondement, des distinctions subtiles qu'elle opère. C'est en retrouvant le sens de la matière, que les principes généraux apparaissent et que la combinaison de ces principes se fait de manière beaucoup plus simple.

L'idée que l'obligation naturelle est une obligation qui ne donne pas lieu à action en justice⁷² n'est pas vraiment fautive et raisonner ainsi dans l'application courante de son régime ne semble pas devoir soulever d'objection. C'est si l'on fait de cette assimilation une définition fondamentale que l'on s'égare dans les raisonnements. L'essence de l'obligation naturelle ne réside pas dans son régime et la retrouver permet de comprendre et donc de résoudre naturellement bien des problèmes.

Quant au débat sur la nature de la prescription comme extinction du droit ou de l'action, il s'agit en réalité d'une fautive alternative car il évince la question de l'obligation naturelle. Chacune des deux branches de cette alternative n'est ni vraie ni fautive. La prescription éteint la force civile d'une obligation et aboutit à une obligation naturelle potentielle⁷³ sur la base de laquelle il n'y a pas d'action en justice possible.

Plutôt que d'assimiler l'obligation naturelle à une obligation sans action, il faudrait donc faire l'exact inverse et considérer que toute mention d'obligation sans action renvoie en réalité à une obligation naturelle potentielle⁷⁴.

24. Il est aussi possible de réfléchir au cas où le créancier fait jouer la garantie avant la prescription de la créance, mais où la créance est acquise en cours de procédure. Ainsi, dans le cas d'un nantissement de compte en banque, d'une demande d'attribution alors que la créance est civilement valable mais plus au moment du jugement, on a décidé de débouter le créancier de sa demande du fait que l'obligation naturelle qui survit à la prescription n'est pas susceptible d'exécution forcée⁷⁵. La même solution a été donnée au Canada, en droit québécois, dans un cas d'hypothèque actionnée mais qui se fondait sur une créance qui était prescrite le temps du

71 L'obligation civile est en réalité, en principe, civile et naturelle. Seulement, le caractère naturel n'a pas d'effet de droit dans ce cas, on simplifie en ne parlant que du caractère civil. De même, l'obligation naturelle désigne en général l'obligation qui est uniquement naturelle.

72 Ce qui ne signifie pas sans créance.

73 V. *supra* note 1.

74 Pour une explication plus précise d'un tel procédé, v. nos études citées *supra* note 1.

75 Aix-en-Provence, 2 fév. 2017, 14/03082, conf., rapp. D. PONSOT. V. notre présentation et analyse dans notre thèse, en annexe, partie sur les sûretés.

jugement. La cour supérieure (première instance) estimait que le délai pour juger n'était pas le fait de la banque qui avait engagé l'action hypothécaire à temps, mais, sur le fondement du caractère accessoire de l'hypothèque, la Cour d'appel du Québec et la Cour suprême du Canada ont rejeté l'action hypothécaire de la banque⁷⁶.

Cette solution nous paraît exagérée. L'obligation naturelle permet la survie de l'hypothèque⁷⁷ et le droit ne devrait pas aggraver le poids pour les créanciers des délais judiciaires non raisonnables. La mise en cause régulière de la sûreté devrait, en général, suspendre le délai de prescription de la créance principale, à tout le moins dans le cadre de l'instance en cours, et bien entendu alors réserver le droit d'une action récursoire. Les juridictions sont déjà exsangues et il ne nous semble pas propice d'imposer de multiples recours, nécessaires du fait de l'anémie de la justice provoquant de longs délais de jugement et ayant pour effet d'aggraver cet état de fait. Il nous semble qu'il devrait y avoir ici un tempérament à la règle de l'accessoire, par ailleurs justifiée dans son caractère très général en matière d'hypothèques. C'est en tout cas la règle au Québec en matière de cautionnement : l'interruption de la prescription à l'égard de la caution interrompt celle à l'égard du débiteur principal⁷⁸.

25. Il reste à étudier la question de la radiation de l'hypothèque une fois civilement éteinte.

B.- La radiation de l'hypothèque civilement éteinte

26. Il y a en effet une nouvelle distinction à introduire, entre existence civile de l'hypothèque et inscription sur les registres⁷⁹. On peut imaginer une hypothèque qui n'est que naturelle et ne donne pas lieu à action en justice, mais qui donne toujours droit à inscription sur les registres. C'est ce qu'on a estimé au Québec.

Le Québec s'est posé les mêmes questions que la France quant à la prescription quarantenaire⁸⁰ et y a lui aussi répondu en alignant les prescriptions par l'article 2081 du Code civil du Bas-Canada (1866)⁸¹ et plus explicitement encore par l'article 2797 du Code civil du Québec (1994)⁸². La doctrine estime que l'alignement est total et

76 *Toronto-Dominion Bank v. Young*, 2020 SCC 15 (CanLII), préc., note 85.

77 Ici comme ailleurs, la survie de l'obligation naturelle n'impose rien mais *permet* de choisir en fonction des règles spéciales à la matière concernée.

78 Art. 2899 du Code civil du Québec. Le Code des obligations suisse prévoit néanmoins la règle inverse à son § 136 (3).

79 Cette distinction est qualifiée d'« essentielle ». PH. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, Puf, 1998, 2^e éd., n° 221. V. aussi M. GRIMALD et PH. DUPICHOT, « Durée et sûretés », *RDC*, 2004, 1, p. 95 et s.

80 CHS. C. DE LORIMIER, *La bibliothèque du Code civil de la province de Québec (ci-devant Bas-Canada)*, Montréal, Eusèbe Senécal & fils, 1890, vol. 20, p. 212 et s. et p. 297 (exposant les solutions françaises, du Code civil et avant celui-ci).

81 Art. 2081, C.c.B.C. : « Les privilèges et hypothèques s'éteignent : [...] 5. Par l'extinction absolue de la dette à laquelle était attaché le privilège ou l'hypothèque, et aussi dans le cas de l'article 1197 ; [...] 8. Par la prescription. », *Code civil du Bas-Canada*, Ottawa, M. Cameron, 1866. Via www.canadiana.ca

82 Art. 2797, C.c.Q. : « L'hypothèque s'éteint par l'extinction de l'obligation dont elle garantit l'exécution. [...] » Le ministère de la Justice précise qu'il s'agit de la reprise du point 5 de l'article cité à la note précédente. Ministère de la Justice, *Commentaires du ministre de la Justice – Le Code civil du Québec*, t. 2, Québec, Les Publications du Québec, 1993. Via elois-caij.qc.ca.

que l'hypothèque subit toutes les prescriptions qui peuvent toucher les créances principales, quand bien même sa propre prescription serait plus longue. Ainsi, la créance qui se prescrit au bout de trois ans en droit commun éteint l'hypothèque alors que la prescription des droits immobiliers est de dix ans⁸³. Ce principe ne pose en jurisprudence aucun problème⁸⁴. « C'est l'adage bien connu "L'accessoire suit le principal" qui s'applique », explique par exemple le juge Gilson Lachance⁸⁵.

Néanmoins, tout à fait conscients de cette règle, Didier Lluelles et Benoît Moore estiment, en s'appuyant sur la jurisprudence, que le propriétaire grevé ne peut demander la radiation de l'hypothèque accessoire d'une obligation civilement éteinte du fait d'une faillite ou d'une prescription⁸⁶. Dans ce système, ni l'obligation principale ni l'hypothèque ne sont susceptibles d'exécution forcée, mais le maintien de l'hypothèque constitue un « incitatif puissant » à payer la dette qui est à l'état naturel⁸⁷. C'est un système qui est tout à fait possible en logique. L'adopter tient de l'opportunité et, le cas échéant, de l'interprétation.

En France, il faut se reporter à l'article 2443 du Code civil, selon lequel la radiation doit être ordonnée par les tribunaux lorsque l'hypothèque est fondée sur un titre « éteint ». On pourrait procéder à une interprétation différente en fonction d'autres considérations, mais, de manière générale, le principe est que les lois sont à comprendre en fonction de l'aspect civil des choses. D'autant plus que l'obligation naturelle qui survit n'est en réalité que potentielle⁸⁸. Si l'on décidait néanmoins de faire en France quelque chose de similaire au système proposé par MM. Lluelles et Moore, alors ce ne serait pas une ineffable extinction naturelle⁸⁹ qui compterait, mais la propre prescription de l'hypothèque, voire le paiement de l'obligation principale.

27. Quant à la réforme de 2021, elle n'a pas modifié les conditions de radiation à ce titre et donc la solution ne devrait pas être remise en cause. Si l'on jugeait, comme dans le système québécois de MM. Lluelles et Moore, plus équitable de maintenir l'inscription à titre de pression mais sans que cette inscription ne soit adossée à une

83 L. PAYETTE, *Les sûretés réelles dans le Code civil du Québec*, 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2006, par. 341. Cité dans des arrêts mentionnés note suivante.

84 Cour suprême : *Banque Toronto-Dominion c. Young*, 2020 CSC 15 (CanLII), n° 24. Cour d'appel : *Young c. Banque Toronto-Dominion*, 2018 QCCA 810 (CanLII).

85 Québec (Sous-ministre du revenu) c. Corbeil, 2005 QCCQ 28802 (CanLII).

86 D. LLUELLES et B. MOORE, *Droit des obligations*, 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 2018, n° 19.1 et note, s'appuyant sur *Day c. Banque Laurentienne du Canada*, 2014 QCCA 449, par. 9, et, auparavant, 3095-7252 *Québec Inc. c. Mickeck Jacyno*, [2010] R.J.Q. 1118, par. 39 (C.A.). La Cour d'appel du Québec est la plus haute juridiction du Québec, avec comme échelon supérieur la Cour suprême du Canada. L'arrêt le plus ancien avait été interprété comme instaurant une véritable efficacité de l'hypothèque dans l'hypothèse de la faillite et ceci jusqu'à ce que la dette objet de la faillite soit prescrite. É. CHARPENTIER, « Une exception à la règle de l'inefficacité de l'hypothèque judiciaire dans le contexte de la faillite du débiteur », *Canadian Business Law Journal*, 2012 (52), p. 271-286.

87 *Ibid.*, note.

88 V. *supra* note 1.

89 Il s'agirait de savoir, dans l'ordre naturel des choses et du point de vue de la justice et de l'équité, le moment où une personne n'est plus tenue en conscience dans le cas particulier. La loi pose justement des prescriptions civiles par présomption générale de ces moments et on se fonde sur elles pour rendre le droit efficace et prévisible. V. *supra* note 64 les propos de Bigot de Prémeneu. Quant à l'objection d'une survie de l'obligation naturelle à une obligation civile fondée sur l'idée qu'il existe une prescription naturelle, en réalité, l'obligation naturelle n'est que potentielle, et la reconnaissance (paiement ou engagement d'exécuter) la révèle en même temps qu'elle lui donne un caractère civil.

hypothèque civilement valable, et alors que la prescription propre de l'hypothèque est supprimée, alors il faudrait probablement une disposition spécifique. À défaut, il faudrait utiliser une prescription de droit commun.