

Il y a un doute. L'inscription est prise pour conserver le droit réel que le privilège donne au créancier, droit en vertu duquel il est préféré aux autres créanciers du débiteur. Or, le vendeur peut-il avoir un privilège sur un immeuble qui est encore dans son domaine, à l'égard des tiers? Peut-on avoir un droit réel sur une chose dont on est propriétaire? Non. Donc l'inscription ne se conçoit point (1). Cela est vrai dans la subtilité du droit, mais cela est-il aussi vrai d'après le texte et l'esprit de la loi? Si le législateur avait été d'avis que le privilège du vendeur ne se conserve pas par l'inscription, il n'aurait pas posé comme règle que l'inscription conserve tous les privilèges; dans cette opinion, l'article 29 n'aurait plus de sens, car la loi ne connaît que cinq privilèges immobiliers; elle dit comment se conserve le privilège de l'architecte (art. 38); l'article 29 est donc étranger à ce privilège; restent ceux du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant; si ces privilèges ne se conservent pas par l'inscription, parce que la loi attache leur conservation à la transcription, à quels privilèges s'appliquera l'article 29? Il ne reste que le privilège des prêteurs subrogés; or, l'article 5 en prescrit la publicité et détermine le mode de publicité. En définitive, l'article 29 resterait sans application possible et serait une disposition sans objet. Il faut donc admettre que, dans la pensée du législateur, les créanciers privilégiés dont le droit se conserve par la transcription peuvent, avant que la transcription soit faite, prendre inscription sur l'immeuble grevé de leur privilège. Cela est-il contraire au principe que l'on ne peut avoir de droit réel sur sa chose? En fait, non; car le vendeur cesse d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur dès la perfection de la vente; or, c'est contre l'acheteur qu'il prend inscription; en ce sens son inscription est valable; si des tiers sont en cause, par suite d'actes de disposition faits par l'acquéreur, cela ne peut pas invalider une inscription valable dans son principe. Ainsi il faut écarter l'objection que l'on oppose au

(1) Pont, t. I, p. 274, n° 263. Cloes, t. I, p. 504, n° 827. En sens contraire, Martou, t. I, p. 253, n° 638.

créancier qui veut prendre inscription; il est créancier plutôt que propriétaire, car il a cessé d'être propriétaire à l'égard de l'acheteur.

Si nous insistons tant sur les vrais principes dans un débat qui n'a point d'intérêt pratique, c'est qu'il importe de préciser les idées dans la matière difficile de la conservation des privilèges. Les principes élémentaires nous aideront à résoudre des questions controversées et douteuses.

77. L'interprétation que nous donnons à l'article 29 fait naître une nouvelle difficulté. Il en résulte que les créanciers privilégiés, sauf l'architecte, ont deux moyens de conserver leur privilège, l'inscription et la transcription. Cette théorie se comprend difficilement. Si l'inscription conserve les privilèges, comme le dit l'article 29, c'est le créancier privilégié qui doit veiller à la conservation de son droit, car c'est le créancier qui requiert l'inscription (art. 2148; loi hyp., art. 83); et s'il le fait, la transcription, en ce qui le concerne, est inutile. Si c'est la transcription qui conserve le privilège, alors l'acheteur, c'est-à-dire le débiteur, conserve le privilège du créancier, car c'est lui qui requiert la transcription; et, dans ce cas, l'inscription est inutile. Conçoit-on maintenant que la loi dise tout ensemble que le privilège se conserve par le débiteur et par le créancier? Le créancier dira qu'il n'a pas besoin de faire inscrire son privilège et de payer des frais de ce chef, puisque la loi dispose que son privilège est conservé par la transcription dont le débiteur doit supporter les frais. Et le débiteur, s'il ne veut pas faire la transcription dans son intérêt, ne la fera certes pas dans l'intérêt du créancier. Il n'y aura donc ni inscription ni transcription. Le système paraît certes singulier, et il faut donner une explication de cette singularité apparente. C'est ce que nous allons essayer de faire.

### § III. *But et effet de la transcription comme moyen de conserver les privilèges.*

78. Les articles 30-34 n'existaient pas dans le projet de la commission soumis aux délibérations des chambres.

Ils ont été introduits dans la loi sur la proposition du ministre de la justice, dans le but de prévenir les inconvénients qui résultent de la rétroactivité des privilèges quand la conservation en est attachée à l'inscription. Avant d'exposer le système nouveau proposé par le ministre et adopté par les chambres, il nous faut examiner le principe de la rétroactivité des privilèges, tel que la commission spéciale le formulait. Ce principe se rattache à l'article 12, dont nous avons ajourné l'explication. C'est par cette disposition que nous devons commencer l'examen des difficultés que présente la conservation des privilèges immobiliers.

**79.** Les privilèges ont-ils, de leur nature, un effet rétroactif? L'article 12 semble le dire en définissant le privilège : « C'est un droit que la *qualité* de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, *même hypothécaires*. » Si la *qualité* de la créance assure au créancier privilégié la préférence à l'égard des autres créanciers, la publicité est indifférente; peu importe la date à laquelle un privilège est rendu public, dès qu'il est conservé, il opère les effets qui sont attachés à la qualité de la créance; et, à raison de cette qualité, il est préféré à tous autres créanciers, même antérieurs. En ce sens, il est de la nature du privilège de rétroagir. Nous trouvons un exemple de cette rétroactivité dans le privilège de l'architecte. Il se conserve par l'inscription des deux procès-verbaux qui doivent être dressés pour que le privilège existe; et si l'inscription a été faite comme la loi le prescrit, l'architecte primera tous les créanciers hypothécaires inscrits avant lui. Cette préférence s'explique par la qualité de la créance privilégiée et par l'objet du privilège. L'architecte enrichit le patrimoine du débiteur commun; il est donc juste qu'il soit payé sur le prix du fonds qu'il a amélioré par ses travaux jusqu'à concurrence de la plus-value qu'il lui a procurée. Le privilège rétroagit en ce sens qu'il prime des créances inscrites avant celle de l'architecte. Mais il n'y a dans cette rétroactivité aucune atteinte portée à des droits acquis; à vrai dire, les créanciers antérieurs et l'architecte exercent leur droit sur des valeurs différentes,

les créanciers antérieurs sur la valeur qu'a l'immeuble, indépendamment des travaux qui y ont été exécutés, et l'architecte sur la plus-value résultant des travaux; or, les créanciers postérieurs à l'inscription du premier procès-verbal n'ont pas pu compter sur cette plus-value, puisque, au moment où ils ont contracté, ils avaient connaissance du privilège que l'architecte acquerrait par ses travaux. Quant aux créanciers inscrits avant le premier procès-verbal, ils avaient, à la vérité, un droit sur les travaux d'amélioration, en ce sens que leur droit frappe ces améliorations; mais ils ne peuvent opposer ce droit qu'aux créanciers chirographaires, ils ne peuvent pas l'opposer aux créanciers privilégiés, car ce serait s'enrichir à leur préjudice, et personne ne peut s'enrichir, sans cause, aux dépens d'autrui.

**80.** La rétroactivité, ainsi entendue, se concilie avec les principes généraux de droit. Elle serait contraire à ces principes si les privilèges rétroagissaient en enlevant un droit acquis. Or, l'hypothèque, comme tout droit réel, donne au créancier un droit dans la chose; la propriété de l'immeuble hypothéqué est démembrée au profit du créancier hypothécaire, il ne peut pas être dépouillé de son droit par un privilège qui prendrait naissance alors que l'hypothèque est devenue efficace à l'égard des tiers par son inscription. En théorie, l'hypothèque inscrite doit l'emporter sur le privilège postérieur. Je suis propriétaire d'un immeuble hypothéqué; je le vends; la vente me donne un privilège sur cet immeuble. Ce privilège l'emportera-t-il sur l'hypothèque? Si l'on prenait l'article 12 à la lettre, il faudrait répondre que le vendeur, créancier privilégié, prime le créancier hypothécaire quand ils exercent leur droit sur le même immeuble. Cependant tout le monde s'accorde à dire que l'hypothèque primera le privilège. Mais on ne s'accorde pas sur le motif de décider. Le principe que nous venons de rappeler offre une explication très-simple de la préférence que l'on donne au créancier hypothécaire. Au moment où le privilège prend naissance par la vente de l'immeuble, cet immeuble est grevé d'une hypothèque inscrite; il est donc démembré au profit du créancier hypothécaire. Ainsi le privilège du vendeur vient frapper un immeuble démembré; c'est dire qu'il ne

frappe l'immeuble qu'en respectant le droit du créancier hypothécaire; donc celui-ci primera le vendeur sur le prix de l'immeuble à la fois grevé d'une hypothèque et d'un privilège (1).

Cela n'est pas contesté; la seule difficulté est de savoir si cette préférence que l'on accorde à un créancier hypothécaire sur un créancier privilégié est une dérogation au principe consacré par l'article 12. Nous ne disons pas que c'est une exception à la règle, car, si c'était une exception, elle devrait être formulée dans un texte, et il n'y en a pas. Nous disons que le privilège ne peut pas primer l'hypothèque dans tous les cas où il concourt avec une hypothèque inscrite au moment où le privilège prend naissance, parce que si le privilège l'emportait sur l'hypothèque, on enlèverait au créancier hypothécaire un droit acquis; or, le législateur maintient toujours les droits acquis. Le principe de l'article 12 ne peut donc recevoir d'application que lorsque le privilège concourt avec une hypothèque postérieure; dans ce cas, le privilège, quoiqu'il ne soit inscrit que postérieurement à l'hypothèque, l'emporte par sa nature, c'est-à-dire par la qualité de la créance. Nous dirons plus loin comment la loi nouvelle garantit les droits du créancier hypothécaire qui se trouve primé par un créancier privilégié, dont le droit n'était pas rendu public au moment de l'inscription de l'hypothèque.

Il y a une autre explication de la préférence qui appartient au créancier hypothécaire sur le privilège qui prend naissance alors que le droit du créancier hypothécaire est acquis à l'égard des tiers. On dit que, dans le cas que nous avons supposé, il n'y a réellement pas concours entre le créancier privilégié et le créancier hypothécaire, puisqu'ils ont un débiteur différent; le vendeur a pour débiteur l'acheteur, et le créancier hypothécaire a pour débiteur soit le vendeur, soit un propriétaire antérieur qui a contracté la dette hypothécaire. Or, le privilège, c'est-à-dire la préférence à l'égard d'autres créanciers hypothécaires, im-

(1) Duranton, t. XIX, p. 26, n° 26. Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 497, n° 1249, et *Examen critique*, t. 1, p. 76, n° 29.

plique que les divers créanciers exercent leurs droits sur les biens du même débiteur. Quand ils exercent leurs droits sur les biens de débiteurs différents, ils ne concourent pas; on ne peut donc pas dire que l'un prime l'autre (1). Il nous semble que l'explication laisse à désirer: l'hypothèque, dans l'espèce, et le privilège frappent le même bien, c'est un seul et même prix qui est distribué entre le créancier privilégié et le créancier hypothécaire; en ce sens, ils concourent, et il y a conflit entre eux. On admet que le créancier privilégié est primé par le créancier hypothécaire, puisque celui-ci est payé sur le prix avant l'autre; donc il y a une apparente exception à l'article 12, qui dit en termes absolus que le créancier privilégié est préféré aux créanciers hypothécaires.

Une chose est certaine, quelle que soit l'explication que l'on adopte, c'est que le privilège ne rétroagit pas, dans le cas où il prend naissance alors que l'immeuble est grevé d'une hypothèque inscrite. Et c'est là tout ce que nous voulons constater. Si donc il est de la nature du privilège de rétroagir, ce ne peut être qu'en ce sens que le privilège prime les hypothèques qui sont établies postérieurement au moment où la créance privilégiée a pris naissance. C'est cette hypothèse que nous allons examiner. Les travaux préparatoires nous apprendront que les auteurs de la loi, bien loin de consacrer la rétroactivité des privilèges, ont organisé la conservation des privilèges de manière à sauvegarder tout ensemble les droits du créancier privilégié et les droits des tiers créanciers hypothécaires.

**81.** Le code civil n'admettait que trois privilèges, ceux du vendeur, du copartageant et de l'architecte; quant au privilège des bailleurs de fonds, qu'il classait parmi les privilèges immobiliers, ce n'était que la subrogation à un de ces trois privilèges; il se confondait donc avec eux. Nous avons dit en quel sens le privilège de l'architecte rétroagit, et nous y reviendrons encore en traitant de la conservation de ce privilège. Le privilège du vendeur se conservait par la transcription de l'acte de vente (art. 2108). Ce sys-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 10, n° 295.

tème, emprunté à la loi de brumaire, suppose que la transcription est requise pour que la vente ait effet à l'égard des tiers. C'était le principe consacré par le projet de code civil. Malheureusement le principe disparut, comme nous l'avons dit ailleurs, sans que l'on sache comment (t. XXIX, nos 28 et 29). Dès lors la conservation du privilège du vendeur par la transcription n'avait plus de raison d'être, et il était cependant écrit dans le code. De là des embarras inextricables. Le code civil disposait aussi que les privilèges se conservent par l'inscription, mais l'article 2106 portait que les privilèges n'avaient d'effet *qu'à compter de la date de cette inscription*. Comment concilier l'article 2106 avec l'article 2108? On le tenta vainement, la conciliation était impossible. L'article 2106 fut sacrifié; on l'interpréta en ce sens que le privilège du vendeur ne produisait, à la vérité, effet que lorsqu'il était inscrit; mais, qu'une fois inscrit, il primait tous les créanciers hypothécaires, même antérieurement inscrits. C'était la rétroactivité en plein: le privilège du vendeur restait occulte, la vente n'étant pas assujettie à la transcription; les tiers croyaient traiter en sécurité avec le propriétaire de l'immeuble; alors apparaissait subitement le vendeur, qui faisait inscrire son privilège et qui, par la qualité de sa créance, primait les hypothèques. Ce système violait la loi, car il était en opposition avec le texte formel de l'article 2106, et il en résultait un danger incessant pour les créanciers hypothécaires (1).

Le privilège du copartageant pour la soulte et le prix de licitation rétroagissait également. Ici il n'y avait aucun doute; le privilège devait être inscrit dans les soixante jours, et il primait les hypothèques qui étaient constituées pendant ce délai (art. 2109). Cette rétroactivité se comprend: le privilège prenait naissance à partir de l'acte de partage; il devait donc primer les hypothèques postérieures, pourvu qu'il fût inscrit dans le délai de la loi. Toujours est-il que ce délai était long, et que pendant les deux mois qui suivaient le partage, les tiers ne pouvaient pas traiter avec les copartageants. Ce qui augmentait l'inconvénient

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 250, nos 634 et 635.

de ce système de publicité, c'est que le partage restait occulte, puisqu'il n'était pas soumis à la transcription.

**82.** La rétroactivité des privilèges, ainsi organisée, était désastreuse; on la critiquait, et à juste titre, comme un des vices trop nombreux du régime hypothécaire établi par le code civil. La commission spéciale qui prépara la nouvelle loi dit, dans son rapport, qu'elle a voulu *restreindre les effets de la rétroactivité*. Elle maintenait donc la rétroactivité; dans son opinion, il était de la nature du privilège d'opérer avec effet rétroactif (1). Il faut entendre cette proposition en ce sens que le privilège, une fois né, doit primer les hypothèques postérieures à raison de la qualité de la créance privilégiée. Comme, d'un autre côté, les privilèges sont soumis à la publicité, il fallait faire rétroagir l'effet de l'inscription, comme le faisait l'article 2109 pour le privilège du copartageant (n° 81). La commission spéciale admettait ce système de publicité; mais, pour diminuer le mal qui en résultait, elle abrégéa le délai dans lequel l'inscription devait être prise; elle le fixa à quinze jours, à partir de la transcription de l'acte qui donnait naissance au privilège; prise dans ce délai, l'inscription avait effet à partir de la mutation (art. 34 du projet). La commission croyait concilier, par ce système, la rétroactivité du privilège, c'est-à-dire les droits du créancier privilégié, et les droits des tiers, ceux-ci étant avertis qu'ils ne pouvaient pas traiter avec les acquéreurs avant l'expiration de la quinzaine qui suivait la transcription de la vente. Si l'inscription n'était pas prise dans la quinzaine, le privilège dégénérait en hypothèque, laquelle ne devenait efficace et ne prenait rang qu'à dater de l'inscription.

**83.** En restreignant l'effet de la rétroactivité, et en obligeant les créanciers à prendre inscription dans un bref délai, la commission spéciale diminuait les inconvénients de la rétroactivité, mais ils subsistaient dans une certaine mesure. Pour les écarter entièrement, le ministre de la justice proposa un nouveau système, celui qui est formulé dans les articles 30 à 34: la conservation des privilèges est

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 30 et 36).

attachée à la transcription des actes qui donnent naissance à la créance privilégiée. M. Tesch dit très-bien que si la conservation de ces privilèges est attachée à l'inscription prise par le créancier privilégié, il faut nécessairement, comme le faisait la commission, laisser un certain temps au créancier pour faire inscrire son privilège; quelque court que soit ce délai, il en résultera toujours que, pendant ce délai, le privilège sera occulte et qu'on lui donne ensuite un effet rétroactif pendant le temps où le privilège n'était pas public. L'inconvénient de l'ancien système est diminué, mais il ne disparaît point; tandis que, dans le système proposé par le ministre, il disparaît entièrement. Le privilège se conservant par la transcription, il devient public du jour même où la propriété se consolide sur la tête du nouvel acquéreur; le privilège qui grève la propriété est porté à la connaissance de tous au moment où l'acquéreur devient propriétaire à l'égard des tiers, c'est-à-dire au moment où les tiers peuvent traiter avec lui (1).

Dans ce système, qui est celui de notre loi, il ne peut pas être question de rétroactivité du privilège. Il n'y a pas de délai fixé pour la transcription; donc pas de délai pour la conservation du privilège. Le privilège est rendu public en même temps que l'acte translatif ou déclaratif de propriété d'où il procède; avant la transcription, il n'y a pas de translation de propriété à l'égard des tiers; il n'y a donc pas de privilège à conserver à leur égard, la propriété n'est transmise à l'égard des tiers que par la transcription, et la transcription conserve aussi le privilège. Avant la transcription, il n'y a point de privilège; le privilège ne naît, à l'égard des tiers, qu'à partir de la transcription.

**84.** Le nouveau système modifie profondément le privilège, tel qu'il est défini par l'article 12, si l'on entend la définition en ce sens qu'il est de la nature du privilège d'opérer avec effet rétroactif. Tous les privilèges consacrés par la loi hypothécaire se conservent par la transcription, à l'exception du privilège de l'architecte; celui-ci ne rétro-

(1) Séance de la chambre des représentants, du 4 février 1851 (Parent, p. 279).

agit pas, en ce sens qu'il n'enlève pas aux créanciers hypothécaires un droit qui leur est acquis, il porte sur une valeur que l'architecte crée et sur laquelle les créanciers antérieurs n'avaient aucun droit. Quant aux privilèges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant, ils n'existent, à l'égard des tiers, qu'à partir de la transcription, et c'est aussi à partir de ce moment que les tiers peuvent acquérir des droits sur l'immeuble grevé du privilège; ils ne peuvent donc acquérir des droits que lorsque le privilège est rendu public. Il suit de là que leurs droits sont postérieurs au privilège; si le privilège les prime, c'est moins à raison de la qualité de la créance qu'à raison de la publicité qu'il a reçue. Donc on ne peut plus dire que le privilège prime les hypothèques à raison de sa qualité, il les prime parce que, dans le système de la loi nouvelle, il est nécessairement antérieur aux hypothèques que les tiers peuvent acquérir sur l'immeuble grevé de privilège.

Il n'y a plus qu'un privilège qui prime les hypothèques antérieures, c'est le privilège des frais de justice. Pour mieux dire, l'existence de ce privilège implique des créances antérieures sans lesquelles il ne se conçoit point. Il n'y a pas une ombre de rétroactivité dans ce privilège; les créanciers hypothécaires et privilégiés sont obligés de faire des frais de conservation, de liquidation et de distribution pour réaliser leur droit de préférence, et ils doivent naturellement supporter les frais qui se font dans leur intérêt.

Le sens que nous donnons au système de conservation des privilèges, tel qu'il est consacré par la loi nouvelle, ne peut être contesté; ce n'est pas notre interprétation, c'est la loi interprétée par celui qui l'a proposée, par le ministre de la justice. Mais l'application n'est pas sans difficulté. Il faut distinguer entre les actes translatifs de propriété et le partage.

§ IV. *Application du principe aux privilèges qui naissent d'un acte translatif de propriété.*

**85.** Il y a trois privilèges qui naissent d'actes translatifs de propriété, ceux du vendeur, de l'échangiste et du