

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

donateur. Nous appliquerons le nouveau principe au privilège du vendeur, le seul qui soit usuel. Ce que nous dirons du vendeur s'applique, à la lettre, à l'échangiste et au donateur, puisque la vente, l'échange et la donation sont des actes d'une nature identique au point de vue des privilèges et de leur conservation.

Quand l'acheteur transcrit l'acte de vente avant de faire aucun acte de disposition de la chose vendue, l'application de la loi nouvelle ne soulève aucune difficulté. Régulièrement l'acheteur transcrit immédiatement, parce qu'il y est intéressé. S'il ne le fait pas, il risque de devenir victime de la mauvaise foi du vendeur, celui-ci pouvant vendre à un second acquéreur, lequel, en transcrivant, sera propriétaire à l'égard des tiers. L'acquéreur a encore un autre intérêt à transcrire de suite son acte de vente, c'est que s'il veut faire un acte de disposition quelconque, aliéner, hypothéquer, il ne trouvera personne qui veuille traiter avec lui tant qu'il n'aura pas transcrit, puisque jusqu'à la transcription il n'est pas propriétaire à l'égard des tiers; si donc il est dans le cas d'hypothéquer, la première condition que le prêteur lui imposera, c'est qu'il fasse transcrire son acte d'acquisition. En ce sens, nous disons que régulièrement la transcription précédera tout acte de disposition que l'acheteur fera. Et, dans cette hypothèse, la préférence du vendeur est assurée par la transcription, qui conserve son privilège à l'égard de tous tiers et, notamment, à l'égard des créanciers hypothécaires postérieurs; il leur est préféré, non pas à raison de la qualité de sa créance, mais à raison de la publicité donnée à son privilège; la transcription vaut inscription; on peut donc dire que le vendeur est inscrit avant les créanciers auxquels l'acheteur concède une hypothèque, et il l'emporte sur eux par la priorité de son inscription.

86. L'acheteur peut ne pas transcrire, et consentir une hypothèque sans que le créancier exige que le débiteur commence par transcrire son acte d'acquisition. C'est une grande imprudence de la part de l'acheteur et des tiers qui contractent avec lui, et il arrivera rarement que les parties traitent ainsi à la légère. C'est sans doute pour cela que

la question ne s'est pas présentée devant les tribunaux depuis la publication de la loi nouvelle. Nous devons cependant prévoir l'hypothèse, puisqu'elle donne lieu à de vifs dissentiments dans la doctrine. L'acheteur n'est pas propriétaire à l'égard des tiers tant qu'il n'a point transcrit. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit de la transcription. N'étant pas propriétaire, il ne peut pas hypothéquer; l'hypothèque qu'il consent ne peut donc pas être opposée aux tiers. Cela encore est incontestable. Peut-elle l'être au vendeur? A notre avis, non. Tant que l'acheteur n'a point transcrit, le vendeur reste propriétaire de l'immeuble à l'égard des tiers, il peut donc l'hypothéquer, et cette hypothèque pourrait certainement être opposée à l'acheteur; si l'hypothèque constituée par le vendeur est valable contre l'acheteur, il est impossible que l'hypothèque consentie par l'acheteur puisse être opposée au vendeur; il n'y a qu'une seule personne qui puisse hypothéquer l'immeuble, c'est celle qui en est propriétaire; si le vendeur peut hypothéquer, c'est qu'il reste propriétaire tant qu'il n'y a pas de transcription; or, peut-on se prévaloir contre le propriétaire d'une hypothèque consentie par un autre que lui? Cela n'a point de sens.

On objecte que ce système sacrifie les droits du créancier hypothécaire, qui peut être de bonne foi, au vendeur, qui est nécessairement de mauvaise foi. L'objection est peu sérieuse; il ne s'agit pas de bonne foi, dans l'espèce; le créancier hypothécaire qui traite avec un acquéreur sans exiger que celui-ci transcrive avant tout l'acte d'acquisition commet une grave imprudence; si le vendeur aliénait, et que l'acte de vente fût transcrit, il serait évincé par le second acquéreur, malgré sa bonne foi; il ne peut pas non plus se prévaloir de sa bonne foi contre le vendeur, malgré la mauvaise foi de celui-ci; le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, donc à l'égard des créanciers hypothécaires de l'acquéreur.

Ici l'on nous arrête; l'acheteur, dit-on, est propriétaire à l'égard du vendeur, donc à l'égard du vendeur il peut hypothéquer, et, partant, l'hypothèque peut être opposée au vendeur. Nous répondons que c'est faire une fausse appli-

cation d'un principe vrai. La propriété se transfère entre les parties par le seul effet du contrat; cela veut dire que la vente produit tous ses effets entre le vendeur et l'acheteur, quoiqu'elle n'ait point été transcrite. Mais elle n'a point d'effet à l'égard des tiers; or, le créancier hypothécaire est un tiers; ce qui décide la question.

On donne encore une autre forme à l'objection. L'acte non transcrit ne peut être opposé aux tiers; le vendeur, dit-on, n'est certes pas un tiers à l'égard de l'acheteur; donc il ne peut se prévaloir du défaut de transcription contre l'acheteur ni contre les ayants cause de l'acheteur. Nous répondons que les *ayants cause* sont de trop dans cette argumentation; en effet, ils sont des tiers, en ce sens qu'ils n'ont pas figuré à l'acte. Si les ayants cause sont des tiers à l'égard du vendeur, le vendeur est aussi un tiers à l'égard des ayants cause. Vainement dit-on que le vendeur ne peut jamais se prévaloir du défaut de transcription, puisque la transcription n'a été établie que dans l'intérêt des tiers. L'objection ne tient pas compte du rôle que la transcription joue dans la conservation du privilège du vendeur. Ce privilège se conserve par la transcription; cela ne veut pas dire seulement que si la transcription est faite, le privilège du vendeur est conservé; cela veut dire aussi que tant que la transcription n'a pas été faite, il n'y a point lieu de conserver le privilège, parce qu'il n'existe réellement à l'égard des tiers, que lorsque l'acte de vente a été transcrit (n° 83). Jusque-là, l'acheteur n'étant pas propriétaire à l'égard des tiers, le vendeur ne peut pas avoir de privilège contre les tiers, puisque c'est lui qui est propriétaire à leur égard, et le vendeur ne peut pas avoir de privilège sur sa propre chose; le droit du propriétaire ne peut pas être compromis par une hypothèque que l'acheteur n'avait pas le droit de consentir; si donc le créancier hypothécaire voulait agir hypothécairement contre le vendeur, celui-ci le repousserait, non en vertu de son privilège, mais en vertu de son droit de propriété.

C'est dans ces termes que s'exprime le rapporteur de la commission du sénat. « Si la vente n'est pas transcrite, dit M. d'Anethan, le privilège ne peut pas exister, puisque

la vente elle-même n'existe pas à l'égard des tiers (1). » La commission spéciale disait la même chose, dans le système de réalisation qu'elle avait proposé : « Si l'acheteur n'a pas fait réaliser son titre (ou, d'après notre loi, s'il ne l'a pas fait transcrire), la transmission de la propriété ne peut pas opérer à l'égard des tiers, l'acheteur n'a donc pas pu accorder des droits réels sur le bien au préjudice du privilège du vendeur (2). »

87. La question que nous venons de discuter est controversée. Tout le monde admet que le créancier hypothécaire, dans l'espèce, ne peut opposer son hypothèque au vendeur; mais les auteurs ne s'accordent pas sur le motif de décider (3). Il y a une interprétation toute différente de celle que nous avons adoptée : elle se base sur la rétroactivité du privilège, ou, si l'on veut, sur la qualité du privilège qui, par sa nature, l'emporte sur le créancier hypothécaire (4). Cette interprétation est en opposition avec le principe de la conservation des privilèges tel qu'il a été expliqué par le ministre de la justice qui en a fait la proposition; elle est en opposition avec l'esprit de notre régime nouveau sur la transmission de la propriété, tel qu'il a été exposé par la commission spéciale (n° 86). On suppose que l'acheteur consent une hypothèque avant d'avoir transcrit l'acte d'acquisition, et que le créancier exerce son droit hypothécaire; le vendeur peut-il demander la préférence sur le créancier hypothécaire, en vertu de son privilège? C'est dans ces termes que la question est posée. Or, tant que l'acte de vente n'a pas été transcrit, il n'y a pas de transmission de la propriété, il n'y a pas de privilège; donc il ne peut pas s'agir d'exercer un privilège. A l'égard des tiers, il n'y a point de vendeur privilégié, il n'y a qu'un propriétaire, c'est donc comme propriétaire que le vendeur intervient; il oppose au créancier hypothécaire, non son

(1) D'Anethan, Rapport (Parent, p. 409).

(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 36).

(3) Voyez, dans le sens de mon opinion, Valette, *De l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilèges sur les immeubles*, p. 89-93; Troplong, *Privilèges*, n° 276; Cloes, t. I, p. 491, n° 806.

(4) Martou, t. II, p. 256, n° 641. Aratz, *Cours de droit civil*, t. II, p. 698, • 1711.

privilège, mais son droit de propriété. Tels sont les principes formulés dans les rapports des commissions. L'explication que nous combattons est donc contraire à l'esprit de la loi, telle qu'elle a été interprétée par les auteurs mêmes de la loi hypothécaire.

88. On dira que ce n'est pas ainsi que les choses se passeront. Si l'immeuble est exproprié, le vendeur se présentera comme créancier privilégié, en faisant transcrire l'acte de vente, et dès que le privilège est rendu public, il prime l'hypothèque. Sans doute, le vendeur peut transcrire, et dès que la transcription est faite, la propriété sera acquise à l'acquéreur à l'égard des tiers, et le vendeur aura son privilège. Il y aura donc conflit entre le créancier hypothécaire inscrit avant la transcription, et le vendeur dont le privilège a été conservé par la transcription postérieure à l'inscription de l'hypothèque. Qui l'emportera? Nous disons que c'est le vendeur, non parce que son privilège rétroagit, ni par la qualité de sa créance, mais parce que son privilège est, en réalité, antérieur à l'hypothèque. En effet, à partir de quel moment la vente et partant le privilège existent-ils? A partir de la transcription. Et quelle est la date réelle de l'hypothèque? Elle a été inscrite avant la transcription de l'acte de vente, mais l'inscription d'une hypothèque qui n'a pas effet à l'égard des tiers ne peut pas lui donner effet, car l'inscription n'est que la manifestation d'un droit dont elle suppose l'existence. L'hypothèque n'existe, à vrai dire, qu'à partir du moment où l'acte de vente a été transcrit, donc l'hypothèque ne devient efficace que par cette transcription; malgré l'antériorité de l'inscription, l'hypothèque a une date postérieure à la transcription, donc le privilège du vendeur prime l'hypothèque, sans rétroactivité aucune, non en vertu de la qualité de la créance, mais parce qu'il est antérieur à l'hypothèque. D'après la rigueur des principes, l'inscription est même radicalement nulle ou inexistante, on ne peut pas inscrire une hypothèque qui n'existe point. Cette inscription, par sa date, pourrait tromper les tiers. Puisqu'elle est inexistante, le créancier devra prendre une nouvelle inscription, laquelle sera primée par la

transcription antérieure du créancier hypothécaire, transcription qui vaut inscription.

89. Il se présente une question analogue sur laquelle il y a également controverse. L'acheteur revend l'immeuble, sans avoir transcrit l'acte d'acquisition; le sous-acquéreur transcrit. On demande ce que devient le privilège du vendeur primitif? Si l'on applique les principes tels que nous venons de les exposer d'après les travaux préparatoires, la solution sera très-simple. La première vente n'ayant pas été transcrite, l'acquéreur n'est pas devenu propriétaire à l'égard des tiers; à leur égard, la propriété réside toujours sur la tête du vendeur. Donc l'acheteur qui revend la chose ne peut pas transmettre la propriété à l'égard des tiers; n'étant pas propriétaire à l'égard des tiers, il ne peut pas transmettre à l'acheteur un droit qu'il n'a pas lui-même. De là suit que le vendeur primitif reste propriétaire à l'égard du sous-acquéreur; celui-ci ne peut donc pas lui opposer son droit de propriété. Vainement objecte-t-on que le vendeur n'est pas un tiers, et qu'il ne peut se prévaloir du défaut de transcription; nous répondrons ce que nous avons déjà répondu (n° 86), que le vendeur reste propriétaire à l'égard des tiers, qu'il aurait par conséquent pu transférer la propriété au sous-acquéreur qui lui oppose son droit de propriété; or, il est impossible que le sous-acquéreur oppose son droit de propriété à celui qui est propriétaire à son égard, et qui aurait pu lui transférer la propriété. Nous répondrons encore, au point de vue du privilège, qu'il ne s'agit pas de la déchéance du privilège, puisque la vente n'ayant pas été transcrite, le vendeur est resté propriétaire, et il n'est point créancier privilégié; c'est en vertu de son droit de propriété qu'il repousse le tiers acquéreur et non en vertu de son privilège; il ne peut pas perdre son privilège qui n'existe pas tant que la transcription n'a pas été faite. Si l'on objecte que c'est sacrifier l'intérêt du tiers acquéreur à l'intérêt du vendeur, nous répéterons ce que nous avons dit du tiers créancier hypothécaire; les tiers ne doivent pas traiter avec un propriétaire dont le titre d'acquisition n'a point été transcrit; s'ils traitent, ils doivent subir les consé-

quences de leur imprudence. C'est la réponse que fait la commission spéciale dans son rapport, où la question a été prévue. Nous transcrivons le rapport à l'appui de la doctrine que nous soutenons dans ces matières difficiles, parce que nous sommes en opposition avec Martou, l'excellent commentateur de notre loi hypothécaire, qui n'a tenu aucun compte des travaux préparatoires (1). C'est aller trop loin; si les rapports des commissions et les paroles du ministre ne sont pas la loi, ils servent au moins à l'expliquer.

Voici ce que dit la commission spéciale : « On s'est demandé si le vendeur peut encore exercer son privilège sur le bien vendu, lorsque l'acheteur, qui n'a pas payé le prix et qui n'a pas fait transcrire son titre, a revendu le bien à un autre, qui a fait transcrire après avoir payé le prix. » Après avoir constaté que la question est controversée, la commission ajoute : « Toutes ces difficultés disparaissent par le projet de la commission. De deux choses l'une. Ou bien l'acheteur n'a pas fait réaliser (c'est-à-dire *transcrire*) son titre, et, dans ce cas, la transmission ne peut pas opérer à l'égard des tiers; *il n'a donc pas pu accorder des droits réels sur le bien au préjudice du vendeur* (2). » Ou bien l'acheteur a fait réaliser (*transcrire*) son titre, et, dans ce cas, il n'y a aucune difficulté, tout le monde est d'accord.

§ V. *Application du principe aux privilèges qui naissent du partage.*

90. La loi applique au privilège du copartageant le principe qui régit les privilèges du vendeur, de l'échangeur et du donateur. Elle ne fait aucune différence entre les privilèges qui naissent d'un acte déclaratif de propriété et ceux qui naissent des actes translatifs de propriété. Dans la théorie de la loi nouvelle, tous ces actes sont éga-

(1) Martou, t. II, p. 257, n° 642. En sens contraire, Valette, *De l'effet de l'inscription en matière de privilèges*, p. 92, suivi par Cloes, t. I, p. 507, n° 830. L'opinion de Martou est généralement suivie.

(2) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 36)

lement soumis à la transcription; et comme la transcription des actes rend publics les privilèges qui en résultent, le législateur a attaché la conservation des privilèges à cette publicité, sans distinguer entre le partage qui ne fait que déclarer la propriété et les actes qui transfèrent la propriété. Toutefois il y a une différence entre ces deux catégories d'actes. On ne peut pas dire du partage ce que nous venons de dire de la vente, que les privilèges sont conservés au moment même où le copartageant devient propriétaire à l'égard des tiers, car il n'acquiert pas la propriété par le partage; l'acte de partage déclare seulement qu'il a toujours été propriétaire des biens mis dans son lot, à partir de l'indivision. Aussi n'est-ce point pour faire connaître aux tiers la mutation qui s'est opérée dans la propriété que le partage doit être transcrit, c'est pour leur apprendre que l'état d'indivision a cessé, et qu'ils ne peuvent plus traiter avec les ci-devant communistes comme propriétaires de tous les biens qui avaient été indivis entre eux, qu'ils ne peuvent traiter avec eux que comme propriétaires exclusifs des biens qu'ils ont recueillis par le partage. C'est lors de l'indivision que les communistes sont devenus propriétaires, et cet état d'indivision n'est pas toujours rendu public, le fait le plus fréquent d'où résulte l'indivision, l'hérédité, n'étant pas soumis à la publicité. Il y a donc une différence de principe très-grande entre le but de la publicité quand il s'agit du partage, et le but de la publicité quand il s'agit d'actes translatifs de propriété. Et les effets aussi diffèrent considérablement. Le législateur n'en a tenu aucun compte, et a assimilé complètement le partage à la vente. Mais l'application du principe soulève des difficultés; nous devons les signaler bien qu'elles ne présentent pas d'intérêt pratique; il importe toujours au droit de préciser les principes. Il faut d'abord distinguer, comme nous l'avons fait pour la vente, si le partage est transcrit ou s'il ne l'est point.

N° 1. DE LA CONSERVATION DU PRIVILÈGE QUAND LE PARTAGE EST TRANSCRIT

91. Le partage est transcrit. Il en résulte un privilège de soultte au profit du premier copartageant sur les im-