

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-

meubles compris dans le lot du troisième. Des hypothèques sont établies sur ces immeubles postérieurement au partage; quel en sera l'effet à l'égard du créancier privilégié? A partir de la transcription du partage, les copartageants cessent d'être communistes à l'égard des tiers; ils ne peuvent plus aliéner ou hypothéquer que les immeubles tombés dans leur lot. Si donc une hypothèque est consentie par un copartageant sur des immeubles qui ne sont pas compris dans son lot, l'hypothèque est nulle, et, par suite, il ne peut y avoir de conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier privilégié. Pour que la question du concours puisse s'élever, il faut supposer, dans l'espèce, que l'hypothèque a été consentie par le troisième copartageant. Le créancier hypothécaire sera primé par le créancier de la soulte, non pas à raison de la qualité privilégiée de la créance, mais parce que le privilège qui implique une hypothèque privilégiée est antérieur à l'hypothèque et a été conservé avant que l'hypothèque existe. C'est l'application de l'article 81 (code civil, art. 2134): « Entre créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur. » L'hypothèque est donc nécessairement primée par le privilège inscrit antérieurement; or, pour les privilèges, la transcription vaut inscription.

92. Sur ce point il n'y a aucun doute. Mais il y a quelque difficulté si l'hypothèque a été consentie par le troisième copartageant pendant l'indivision sur un immeuble qui est tombé dans son lot. Nous supposons toujours qu'il résulte du partage un privilège de soulte sur cet immeuble. Si l'hypothèque avait été consentie par un autre copartageant, elle tomberait et serait considérée comme inexistante, puisqu'elle aurait été constituée par un copartageant qui n'a jamais eu de droit sur l'immeuble. Dans notre hypothèse, l'hypothèque est valable, puisque le copartageant qui l'a établie est considéré comme ayant toujours été propriétaire de l'immeuble. C'est la conséquence du principe que le partage est déclaratif de propriété. Il y a, dans ce cas, conflit entre le créancier hypothécaire et le créancier privilégié. L'hypothèque a été inscrite pendant

l'indivision, elle a donc un rang antérieur au privilège rendu public et conservé par la transcription de l'acte de partage. Si l'on s'en tenait au principe qui règle le rang des hypothèques entre elles par la date de l'inscription, il faudrait décider que l'hypothèque prime le privilège. Nous croyons aussi que le privilège est primé par l'hypothèque mais il faut voir quel est le vrai motif de décider.

Pendant l'indivision, chacun des communistes peut hypothéquer comme copropriétaire les immeubles qu'ils possèdent par indivis. Si ensuite l'immeuble hypothéqué est compris dans le lot de celui qui a consenti l'hypothèque, celle-ci aura effet et rang à partir de l'inscription qui en a été prise pendant l'indivision. Lors du partage, et en vertu du lotissement, l'immeuble grevé du privilège de soulte se trouvait donc démembré au profit du créancier hypothécaire; il entre, ainsi démembré, dans le lot du copartageant qui est débiteur de la soulte; le privilège qui, de ce chef, affecte l'immeuble, ne peut le grever que dans l'état de démembrement qui résulte de l'hypothèque. C'est dire que le créancier hypothécaire doit l'emporter sur le créancier privilégié, puisqu'il a un droit acquis dans la chose au moment où le privilège prend naissance. Or, dans notre opinion, l'hypothèque antérieure au privilège prime le créancier privilégié (n° 86). Nous appliquons au copartageant le principe qui régit le privilège du vendeur; ce qui est très-logique, puisque la loi met les deux privilèges sur la même ligne.

93. On objecte que le privilège l'emporte sur l'hypothèque, en vertu de l'article 12 qui donne au créancier privilégié la préférence sur les créanciers hypothécaires. Nous avons d'avance répondu à l'objection (nos 78-85). Si l'on interprète l'article 12 en ce sens que le privilège prime les hypothèques antérieures, à raison de la qualité privilégiée de la créance, on fait rétroagir le privilège, en enlevant au créancier un droit qui lui est acquis. Or, le but de la publicité organisée par le législateur belge a été précisément d'éviter la rétroactivité que les privilèges avaient dans le système du code civil. La loi entend donc maintenir les droits acquis; ce qui est décisif.

On fait une autre objection très-spécieuse. Le troisième copartageant n'est considéré comme propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription de l'acte de partage; donc l'hypothèque qu'il a consentie antérieurement n'est valable à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription, elle a donc en réalité la même date que le privilège, dès lors le privilège doit l'emporter sur l'hypothèque par sa qualité de privilège. Nous répondons que c'est faire une fausse application du principe de publicité; il concerne l'avenir et non le passé; dire que le copartageant n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage, c'est dire que les tiers peuvent à l'avenir traiter avec lui comme propriétaire exclusif; mais cela n'empêche pas que les tiers aient pu traiter avec le copartageant comme propriétaire par indivis avant le partage; la loi autorise et valide ces transactions, elle ne peut pas enlever aux tiers des droits qu'elle a permis de leur concéder.

Il y a encore une autre réponse à faire à l'objection, c'est qu'il n'est pas exact de dire que le copartageant n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage, car le partage n'a aucun effet sur la transmission de la propriété; il ne la transmet pas, il la déclare. En vertu de ce principe, le copartageant a toujours été propriétaire de l'immeuble mis dans son lot, donc il a pu l'hypothéquer; ce qui nous ramène à notre point de départ, c'est-à-dire au principe des droits acquis que la loi entend respecter.

Enfin l'on dit que cette opinion sacrifie les droits du créancier privilégié aux droits du créancier hypothécaire, puisque le premier, étant primé par le second sur l'immeuble grevé de soulte, n'aura qu'un privilège dérisoire. L'objection ne tient aucun compte de la publicité qu'a reçue l'hypothèque. Lors du partage, le copartageant qui acquiert un privilège de soulte sur un immeuble déjà grevé d'hypothèque a connaissance du droit par lequel il sera primé; il peut donc stipuler les garanties nécessaires pour sauvegarder ses intérêts. Ainsi la loi ne sacrifie aucun droit, elle accorde son appui au créancier hypothécaire

en lui permettant d'intervenir dans l'acte de partage, pour empêcher qu'il ne se fasse en fraude de ses droits, et la publicité qu'elle donne à l'hypothèque permet aux copartageants de régler leurs intérêts en pleine connaissance de cause.

N^o 2. DU PRIVILÈGE DES COPARTAGEANTS QUAND LE PARTAGE N'EST PAS TRANSCRIT.

94. Le partage n'est pas transcrit. Nous supposons que le troisième copartageant, grevé d'un privilège de soulte, hypothèque un immeuble compris dans son lot. Le créancier prend inscription; primera-t-il le privilège? Dans le système de la loi, il faut répondre que le privilège prime l'hypothèque. En effet, dès qu'il y a partage, le privilège de soulte prend naissance, et une fois que le privilège existe, il doit primer les hypothèques consenties postérieurement, bien que l'acte d'où résulte le privilège n'ait pas été transcrit. Il en est ainsi du privilège du vendeur lorsque l'acheteur concède une hypothèque sur l'immeuble avant d'avoir transcrit son acte d'acquisition: l'hypothèque ne peut pas être opposée au vendeur. Or, la loi met le partage sur la même ligne que la vente, en ce qui concerne les droits du créancier privilégié; si les droits du vendeur restent saufs malgré le défaut de transcription, il en doit être de même des droits du copartageant. L'acheteur n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription; l'hypothèque qu'il consent antérieurement à la transcription n'a de date que du jour où l'acte est transcrit, par suite elle est primée par le privilège du vendeur qui est conservé par la transcription, et qui, en réalité, a une date antérieure à celle de l'hypothèque. On peut faire le même raisonnement pour le privilège du copartageant: il n'est propriétaire exclusif qu'à partir de la transcription du partage; ce n'est qu'à partir de cette transcription qu'il peut consentir des hypothèques sur les immeubles tombés dans son lot; donc les hypothèques qu'il a constituées antérieurement n'ont de date à l'égard des tiers que du jour où le partage a été transcrit, et de ce

jour, le privilège du copartageant est rendu public et conservé; il est donc, en réalité, antérieur à l'hypothèque, et il la prime en vertu de cette antériorité.

95. Cette solution est incontestable, si l'on se place au point de vue de la loi qui assimile entièrement le privilège du copartageant et les privilèges qui résultent d'actes translatifs de propriété, et quand la loi est la même, les conséquences qui en découlent doivent être identiques. Mais, au point de vue des principes, il y a une difficulté à laquelle nous ne trouvons pas de solution. Pourquoi la loi soumet-elle le partage à la transcription? Ce n'est pas pour faire connaître aux tiers la mutation qui a eu lieu dans la propriété des biens partagés, car il n'y a pas de mutation, il n'y a qu'un acte déclaratif de propriété. On ne peut donc pas dire du copartageant ce que l'on dit du vendeur, qu'il n'est propriétaire à l'égard des tiers qu'à partir de la transcription du partage; car il l'a toujours été depuis que l'indivision a commencé. Ainsi la base de la théorie légale, telle que nous venons de l'exposer (n° 94), est en opposition avec le principe de l'article 883, et avec la base tout le système s'écroule.

Si la loi soumet le partage à la transcription, c'est uniquement pour faire connaître aux tiers que l'état d'indivision a cessé et qu'ils ne peuvent pas traiter avec ceux qui ont cessé d'être communistes, comme s'ils se trouvaient encore en état d'indivision. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit de la transcription (t. XXIX, n° 101). Qu'en faut-il conclure lorsque le partage n'a pas été transcrit? C'est que le partage n'existe pas à l'égard des tiers, donc l'indivision continue, et, par suite, les copartageants sont toujours des communistes; ils peuvent donc faire valablement, à l'égard des tiers, tous les actes qu'un communiste a le droit de faire. De là suit que l'hypothèque consentie par un copartageant avant la transcription n'est pas nulle, comme étant consentie par un non-propriétaire; elle est valable, comme ayant été constituée par un communiste. Seulement il faudra un nouveau partage, puisque, légalement, le premier n'existe pas à l'égard des tiers. Les copartageants ne pourraient pas se borner à transcrire ce

partage comme cela peut se faire en matière de vente (n° 88); il y a, entre les deux hypothèses une différence, dont la théorie légale n'a pas tenu compte, c'est que le tiers créancier hypothécaire a le droit d'intervenir au partage, donc on ne peut lui opposer le premier, où il n'a pas pu intervenir, parce que son droit n'existait pas encore; partant il faudra procéder à un nouveau partage, où le créancier hypothécaire aura le droit d'intervenir. Nous aboutissons à une conséquence toute différente de celle à laquelle conduit la théorie légale. L'hypothèque étant censée concédée pendant l'indivision, le créancier hypothécaire a un droit acquis dans l'immeuble, et ce droit l'emporte sur le privilège de soulte, si le nouveau partage maintient le lotissement du premier.

96. Laquelle de ces interprétations faut-il préférer? Evidemment la première (n° 94). Nous disons que cela est évident. En effet, c'est le système légal, et la loi l'emporte sur les principes, les principes n'ayant d'autre fondement que la loi. Toujours est-il que le législateur aurait dû tenir compte de la différence des actes juridiques auxquels il applique une seule et même règle, comme s'ils étaient identiques. La loi belge s'est écartée, en ce point, de la tradition. Dans les coutumes de nantissement, le partage n'était pas soumis aux œuvres de loi; et la loi française de 1855 n'a pas étendu au partage le principe de la transcription. L'intérêt que les tiers ont à connaître l'existence du partage a engagé le législateur belge à en prescrire la publicité. Soit. Mais le motif de cette publicité étant tout différent de celui pour lequel on exige la publicité des actes translatifs de propriété, la loi aurait dû établir pour les privilèges des copartageants un autre système de conservation que pour ceux du vendeur, de l'échangiste et du donateur.

§ VI. De l'inscription d'office.

97. La loi dit que les privilèges du vendeur, de l'échangiste, du donateur et du copartageant *se conservent* par la transcription; c'est dire qu'ils ne doivent pas être inscrits