

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

pour produire l'effet que la loi y attache. Afin de ne laisser aucun doute sur ce point, l'article 34 ajoute que la transcription vaudra inscription pour les créanciers dont le privilège se conserve par la transcription de l'acte translatif ou déclaratif de droits réels immobiliers d'où ils procèdent. Toutefois la loi veut que le conservateur fasse une inscription d'office de ces mêmes privilèges, au moment de la transcription (art. 35). Est-ce à dire qu'il faille deux formalités, la transcription et l'inscription, pour que les créanciers privilégiés jouissent du droit de préférence et du droit de suite? Non, le texte ne laisse aucun doute sur ce point; pour mieux dire, c'est pour prévenir tout doute que l'article 34 a déclaré formellement que la transcription vaut inscription. Et l'article 35 dit implicitement que l'inscription d'office, qu'il ordonne au conservateur de prendre, n'est pas requise pour la conservation des privilèges qui sont déjà conservés par la transcription. La loi prescrit l'inscription d'office, sous peine de tous dommages-intérêts envers les *tiers*. Or, pour que les tiers puissent éprouver un dommage du défaut d'inscription, il faut que le privilège leur soit opposable, alors même qu'il n'aurait pas été inscrit, par le seul effet de la transcription. Ils ont droit à des dommages-intérêts, parce que le défaut d'inscription les a induits en erreur. Ceux qui veulent s'assurer si les biens de la personne avec laquelle ils vont traiter sont grevés d'hypothèques demandent au conservateur un certificat des inscriptions, ils ne consultent pas le registre aux transcriptions, qui a pour objet principal de constater les mutations immobilières. Il faut donc que le registre des inscriptions soit complet, afin de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation hypothécaire de leur débiteur. Ils seraient trompés et lésés, si des privilèges conservés par la transcription ne se trouvaient pas inscrits. C'est pour sauvegarder l'intérêt des tiers que la loi exige l'inscription d'office. Si elle n'est pas faite, et si les tiers en ont souffert un dommage, ils auront une action en dommages-intérêts contre le conservateur, par la négligence duquel l'inscription a été omise. C'est l'application du principe général de responsabilité, con-

cré par les articles 1382 et 1383. Nous y reviendrons.

**98.** Quels sont les privilèges que le conservateur doit inscrire d'office? L'article 35 les énumère : « Sera le conservateur des hypothèques tenu de faire d'office, au moment de la transcription, l'inscription sur son registre : 1° des créances résultant de l'acte translatif de propriété, » c'est-à-dire de la vente. Il n'y a qu'une créance privilégiée, c'est celle du prix; si la loi parle des *créances*, c'est sans doute pour y comprendre celles qui résulteraient des charges; mais les charges faisant partie du prix, il n'y a, en réalité, qu'un seul privilège, celui du vendeur.

Il y a une vente qui est soumise à des règles spéciales, c'est l'expropriation pour cause d'utilité publique. Le jugement qui la prononce doit être transcrit, mais cette transcription, comme nous l'avons dit ailleurs (t. XXIX, n° 90), n'a rien de commun avec celle que la loi hypothécaire prescrit; elle n'a pour objet ni de sauvegarder les droits des tiers, ni de conserver le privilège du vendeur; les tiers ne peuvent plus acquérir de droits sur l'immeuble exproprié, puisqu'il est mis hors du commerce par sa consécration à un service public; et le vendeur recevant son indemnité avant que l'État soit mis en possession, son privilège n'a plus de raison d'être; l'inscription d'office devient donc inutile. En serait-il de même si la vente se faisait à l'amiable? Dans ce cas, l'acte doit, à la vérité, être transcrit conformément à la loi hypothécaire (t. XXIX, n° 91); mais l'inscription d'office n'en est pas moins inutile, parce que les principes qui régissent l'expropriation pour cause d'utilité publique restent toujours applicables (1).

**99.** En second lieu, le conservateur doit faire une inscription d'office « des soultes ou retours de lots résultant de l'acte d'échange ». La loi ajoute que « l'inscription comprendra la somme stipulée à titre de dommages-intérêts en cas d'éviction ». Quoique l'inscription d'office ne soit pas nécessaire pour la conservation du privilège, elle doit contenir toutes les indications requises pour l'inscription hypo-

(1) Martou, *Commentaire*, t. II, p. 268, n° 652

thécaire, car c'est le registre aux inscriptions que les tiers consultent. Si donc le conservateur négligeait de prendre inscription des dommages-intérêts en cas d'éviction, l'échangiste aurait néanmoins son privilège, mais les tiers, trompés par l'inscription incomplète, auraient une action en dommages-intérêts contre le conservateur; car le conservateur, comme nous le dirons plus loin, répond non-seulement du défaut d'inscription, il répond aussi de l'irrégularité de l'inscription quand elle cause un préjudice aux tiers.

3° Le conservateur doit faire une inscription d'office « des charges pécuniaires et autres prestations liquides résultant de l'acte de donation ». Si les prestations n'étaient pas liquides, l'inscription d'office serait inutile, puisque, dans ce cas le donateur n'a pas de privilège (art. 27, 3°). On voit maintenant pourquoi la loi subordonne l'existence du privilège à l'accomplissement de cette condition; c'est que les prestations non liquides ne peuvent pas recevoir la publicité que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers, et sans la publicité, le privilège est inefficace.

4° Le conservateur doit prendre une inscription d'office « des soultes et retours résultant de l'acte de partage ou de licitation; cette inscription énoncera, s'il en a été fait, les stipulations relatives à la garantie en cas d'éviction. » Il faut appliquer à ces énonciations ce que nous venons de dire de celles qui concernent le privilège de l'échangiste: si elles se trouvent dans l'acte transcrit, le copartageant aura son privilège, bien que l'inscription ne les mentionne pas; mais les tiers auront, de ce chef, une action en dommages-intérêts contre le conservateur.

**100.** La loi ne dit pas que le conservateur est tenu de prendre inscription du privilège du prêteur quand il est légalement subrogé aux droits des créanciers privilégiés. Mais l'inscription d'office devant mentionner tous les privilèges conservés par la transcription, il va de soi que le conservateur doit aussi inscrire le privilège du prêteur. Quand il s'agit d'un acte translatif de propriété, on peut invoquer le texte de l'article 35, n° 1, qui parle, en termes généraux, des *créances* résultant de l'acte, donc aussi de

celle du prêteur subrogé; et ce que la loi dit des actes *translatifs* de propriété s'applique naturellement aux actes déclaratifs de propriété. Toutefois il eût été plus régulier de le dire, puisque la loi énumère les diverses inscriptions que le conservateur est tenu de faire; si le conservateur ne faisait pas l'inscription du privilège du prêteur résultant d'un acte de partage, le prêteur aurait toujours son privilège; mais les tiers auraient-ils l'action en dommages-intérêts? Cela est douteux; il serait difficile de condamner le conservateur pour n'avoir pas rempli une formalité qu'aucun texte formel ne l'oblige de remplir.

**101.** L'inscription d'office peut être inutile; elle est prise pour un privilège que la loi donne, et que les parties n'auraient peut-être pas stipulé si le privilège était conventionnel, soit parce que le débiteur offre une entière garantie au créancier, soit parce que les relations de parenté ou d'amitié ne permettent pas ces clauses de défiance. Or, les inscriptions inutiles sont un mal, car elles diminuent le crédit du débiteur, dont les biens sont grevés d'inscriptions, et elles l'obligent ensuite à faire les frais d'une radiation, frais également frustratoires. C'est pour prévenir ces inconvénients que l'article 36 dispose que « le vendeur, le copermutant, le donateur, les cohéritiers ou copartageants pourront, par une clause formelle de l'acte, dispenser le conservateur de l'inscription d'office ». La loi ne parle pas du prêteur subrogé, sans doute parce qu'il n'est pas probable que le prêteur qui se fait subroger pour jouir du privilège veuille ensuite renoncer à ce privilège; mais il va sans dire qu'il en a le droit. Il faut une clause *formelle* pour que le conservateur soit dispensé de faire l'inscription d'office. Le législateur a voulu prévenir toute contestation sur ce point; dispenser le conservateur de l'obligation que la loi lui impose, c'est, comme nous allons le dire, renoncer au privilège; la loi veut que cette renonciation soit formelle, c'est-à-dire que la volonté du créancier soit exprimée par écrit, non qu'il y ait des termes sacramentels, mais il ne suffirait pas d'une renonciation tacite. Si l'acte portait que le créancier renonce à son privilège, il y aurait dispense formelle de l'obligation d'inscrire le privilège, car

on ne peut pas inscrire un privilège qui n'existe plus.

**102.** Quel est l'effet de cette dispense? L'article 36 répond « que les créanciers privilégiés seront déchus du privilège et de l'action résolutoire ou en reprise, mais qu'ils pourront prendre, en vertu de leur titre, une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à sa date. » Pourquoi la dispense de l'inscription d'office emporte-t-elle renonciation au privilège? car c'est une renonciation plutôt qu'une déchéance, puisqu'elle résulte d'un fait volontaire du créancier. La raison en est que l'inscription est un complément de publicité prescrit dans l'intérêt des tiers; ceux-ci, voyant que le privilège n'est pas inscrit, doivent croire qu'il n'existe plus et que le créancier y a renoncé.

De là suit que les incapables ne peuvent pas consentir la dispense, car ils ne peuvent pas renoncer à un droit qui est la garantie de leur créance, et sans lequel celle-ci risque de périr. Les administrateurs légaux, tels que le tuteur et le mari, ne pourraient pas non plus dispenser le conservateur de prendre l'inscription d'office, car ils ne peuvent pas aliéner; or, renoncer, c'est aliéner, et aliéner sans compensation, puisque la loi suppose une renonciation gratuite. Il ne suffit donc pas d'être capable de s'obliger, il faut être capable de disposer (1).

La renonciation au privilège a encore une autre conséquence très-grave pour le créancier, c'est qu'il est déchu de l'action résolutoire; cela s'applique au vendeur, au donateur et à l'échangiste. C'est une application du nouveau principe établi par l'article 28 de la loi hypothécaire. Nous y reviendrons.

**103.** La déchéance du privilège et de l'action résolutoire laisse néanmoins subsister une hypothèque au profit du créancier. C'est l'application du principe que le privilège est une hypothèque privilégiée; cela implique que le créancier a deux droits, une hypothèque et un privilège; il peut renoncer au privilège et conserver l'hypothèque. C'était le système du code civil (art. 2113), et la loi nouvelle l'a maintenu. Mais la différence est grande entre

(1) Cloes, *Commentaire*, t. I, p. 524, n° 854.

l'hypothèque privilégiée qui appartenait au créancier et la simple hypothèque qui lui reste. En vertu du privilège, il avait deux rangs de préférence, il primait les créanciers chirographaires et les créanciers hypothécaires (art. 12), tandis qu'en vertu de l'hypothèque il ne prime plus que les créanciers chirographaires. La loi dit qu'il pourra prendre une inscription hypothécaire qui n'aura rang qu'à partir de la date. Cela suppose que le privilège rétroagit, en ce sens que son rang ne dépend pas de la date de l'inscription ou de la transcription. D'après la loi nouvelle, il n'y a plus de rétroactivité proprement dite; mais il y a toujours cette différence entre l'inscription hypothécaire et la transcription qui conserve le privilège, c'est que le privilège a rang en vertu et à partir de la transcription; tandis que l'hypothèque n'aura rang qu'en vertu de l'inscription que le créancier devra requérir. Le créancier privilégié n'a rien à faire pour la conservation de son privilège, tandis que le créancier hypothécaire doit prendre une inscription de son chef.

**104.** L'inscription d'office prise par le conservateur doit être renouvelée par le créancier avant l'expiration des quinze années qui suivent sa date (art. 37 et 90). C'est le droit commun: l'inscription ne conserve les privilèges et les hypothèques que pendant quinze ans; il en doit être de même de l'inscription d'office qui, pour les tiers, tient lieu de la transcription. Le renouvellement de l'inscription d'office est soumis aux mêmes règles que le renouvellement de toute inscription hypothécaire; nous les exposons plus loin.

Il se présente une difficulté spéciale à l'inscription d'office. On suppose que le conservateur a négligé de la prendre: que devra faire le créancier avant l'expiration des quinze ans? Il devra inscrire son privilège, non en renouvellement de l'inscription qui n'a pas été prise, mais en renouvellement de la transcription qui a conservé le privilège malgré le défaut d'inscription. Comme on l'a dit et répété lors des travaux préparatoires, la transcription vaut inscription (art. 34), mais elle ne vaut pas plus; elle ne peut donc pas conserver le privilège à perpétuité, alors

que la loi n'attache qu'un effet temporaire à la publicité qui conserve les privilèges et hypothèques (1). Ainsi la transcription cesse de conserver le privilège à l'expiration des quinze ans; le créancier doit donc avoir soin de renouveler la publicité, et le renouvellement se fait, non en transcrivant de nouveau l'acte d'où naît le privilège, mais en prenant une inscription. Ce sera, en apparence, une première inscription; en réalité, ce sera une inscription renouvelée, puisqu'elle renouvelle la transcription qui vaut inscription. Il suit de là que le créancier devra remplir les formalités prescrites par l'article 90 pour le renouvellement des inscriptions.

**105.** « A défaut de renouvellement, les créanciers privilégiés n'auront plus qu'une hypothèque qui ne prendra rang que du jour de son inscription » (art. 37). Dans ce cas, il y a déchéance du privilège, parce que les conditions prescrites pour sa conservation n'ont pas été remplies. Mais la loi, tout en déclarant le créancier déchu de son privilège, maintient l'hypothèque qui est attachée au privilège. C'est l'application du principe établi par l'article 2113 du code civil, que la loi nouvelle consacre implicitement : « Toutes créances privilégiées soumises à la formalité de l'inscription, à l'égard desquelles les conditions prescrites pour conserver le privilège n'ont pas été accomplies, ne cessent pas néanmoins d'être hypothécaires; mais l'hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que de l'époque des inscriptions qui auront dû être faites, ainsi qu'il sera ci-après expliqué. » Nous avons dit plus haut (n° 103) quelle différence il y a entre cette hypothèque que le créancier conserve et le privilège qu'il perd.

### § VII. Du privilège de l'architecte.

#### NO I. CONDITIONS REQUISES POUR LA CONSERVATION DU PRIVILÈGE.

**106.** Ce privilège ne se conserve pas par la transcription, parce qu'il ne se rattache à aucun acte translatif ou déclaratif de propriété. Il reste donc sous l'empire de la

(1) D'Anethan, Rapport; Déclaration du ministre de la justice; Rapport de Lelièvre (Parent, p. 410. 501 et 523).

règle établie par l'article 29, aux termes duquel les privilèges ne produisent d'effet que par leur inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Il y a cependant ceci de spécial au privilège de l'architecte, c'est que la loi exige une double inscription. D'abord le procès-verbal constatant l'état des lieux doit être inscrit avant le commencement des travaux. En second lieu, l'architecte doit faire inscrire le second procès-verbal dans la quinzaine de la réception des ouvrages (art. 38). Quel est l'objet de cette double publicité? Le premier procès-verbal avertit les tiers qu'ils ne doivent pas compter sur la plus-value qui résultera des travaux, parce que, en le rendant public, l'architecte manifeste la volonté de se prévaloir de son privilège avec les effets que la loi y attache, notamment de prendre rang à partir de l'inscription de ce premier procès-verbal. Le second procès-verbal doit être inscrit dans la quinzaine afin que les tiers sachent que l'architecte n'est pas payé et que, par suite, il entend exercer son droit de préférence. Les deux procès-verbaux font encore connaître le montant de la créance privilégiée.

**107.** La loi ne dit pas d'une manière formelle par qui l'inscription doit être requise. Elle suppose que les créanciers privilégiés la requièrent. « Les entrepreneurs, architectes, maçons... *conservent*, par l'inscription faite du premier et du second procès-verbal, leur privilège à la date du premier procès-verbal. » C'est le droit commun. L'article 83 (code civil, art. 2148) dit ce que le créancier doit faire pour opérer l'inscription : il doit représenter, par *lui-même* ou par un tiers, l'acte qui donne naissance au privilège, en y joignant deux bordereaux. Mais l'inscription du privilège de l'architecte ne se fait pas d'après les règles de l'article 83, ce sont les procès-verbaux que l'architecte doit faire inscrire. Pourvu que l'inscription soit faite n'importe par quelle personne intéressée et ayant droit, le privilège sera conservé. L'inscription peut se faire par le propriétaire, par l'un des entrepreneurs ou ouvriers jouissant du privilège, par le prêteur subrogé; toutes ces personnes ont intérêt à l'exercice du privilège : le maître pour traiter avec de bonnes conditions, les créanciers pour la garantie