

seing privé, lesquels n'acquièrent de force exécutoire qu'en vertu d'un jugement.

**545.** Quel est l'effet de l'hypothèque testamentaire? Elle crée un droit de préférence entre légataires; mais le légataire n'est pas préféré aux créanciers du défunt. C'est l'application du principe que les legs ne sont acquittés qu'après le paiement des dettes : *nemo liberalis nisi liberatus*. Or, si le légataire était payé de préférence aux créanciers, ceux-ci pourraient ne pas être payés, du moins intégralement, d'où résulterait qu'un légataire l'emporterait sur un créancier, ce qui est contraire au principe traditionnel que nous venons de rappeler, principe qui découle de la nature même du legs : le testateur ne peut pas léguer ce qu'il n'a point, et il n'a de biens que ce qui reste, dettes déduites.

**SECTION V. — Du rang que les hypothèques ont entre elles.**

**546.** L'article 81 porte : « Entre les créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription prise sur les registres du conservateur » (code civil, art. 2134). La loi ne comprend pas les privilèges; cependant les privilèges doivent aussi être rendus publics par la voie de l'inscription, et l'article 29 dit qu'entre les créanciers, les privilèges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics par inscription sur les registres du conservateur des hypothèques. Il y a une différence de rédaction entre l'article 29 et l'article 81. L'article 29 refuse tout effet aux privilèges non rendus publics; l'article 81 dit seulement que le rang des hypothèques dépend de leur inscription. Résulte-t-il de là une différence de principes? Il nous faut voir d'abord quel est le but de l'inscription.

L'inscription est-elle requise pour que l'hypothèque existe, ou l'hypothèque existe-t-elle indépendamment de l'inscription? L'inscription est ordonnée pour que l'hypothèque ait effet à l'égard des tiers; la publicité est donc seulement établie dans l'intérêt des tiers qui traitent avec le propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Cela prouve déjà

que l'inscription n'est pas une condition d'existence de l'hypothèque; elle a pour unique objet de rendre publique l'hypothèque qui existe, soit en vertu de la loi, soit en vertu de la convention, soit en vertu d'un testament. Il en est de l'inscription comme de la transcription; pour mieux dire, l'inscription tient lieu pour les hypothèques de la transcription que la loi requiert pour tous les actes translatifs de droits réels immobiliers. Ces droits existent en vertu du contrat qui les établit, mais pour qu'on puisse les opposer aux tiers, il faut que l'acte constitutif soit transcrit, ou inscrit quand il s'agit d'une hypothèque. Le défaut de transcription ou d'inscription ne rend donc pas l'acte nul; l'acte est valable et il produit entre les parties tous les effets qu'il est destiné à produire, tant que des tiers ne sont pas en cause. Ces effets sont considérables, quand il s'agit d'une vente d'un immeuble, ou d'une servitude, ou d'un droit immobilier autre qu'une hypothèque; tandis que l'hypothèque ne produit guère d'effets entre les parties; toutefois elle en produit, comme nous le dirons plus loin. Il faut donc maintenir comme principe, pour les hypothèques comme pour les droits immobiliers en général, que le droit existe, indépendamment de la publicité, entre les parties. Donc l'inscription n'est pas requise pour l'existence ni pour la validité de l'acte.

Tarrible, qui a écrit d'excellents articles sur le régime hypothécaire dans le *Répertoire* de Merlin, semble dire le contraire. D'après lui, l'inscription est nécessaire pour constituer l'hypothèque, pour compléter le droit du créancier; le créancier qui ne prend pas inscription est un créancier chirographaire. Tarrible invoque la tradition des pays de nantissement; les coutumes déclaraient créanciers *personnels* et *mobiliers* ceux qui n'avaient pas accompli les œuvres de loi. Il y a une disposition du code civil qui semble conçue en ce sens. Aux termes de l'article 2135, l'hypothèque *existe*, indépendamment de toute inscription, au profit des incapables; donc, peut-on dire, l'hypothèque n'*existe*, en règle générale, qu'en vertu de l'inscription (1).

(1) Tarrible, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Inscription hypothécaire*,

Cela n'est-il pas trop absolu? Nous laissons de côté les coutumes de nantissement; ce n'est plus que de l'histoire. La question doit être décidée par les textes du code civil et de la loi hypothécaire. L'article 2135, que Tarrible cite, ne doit pas être isolé de l'article 2134 dont il est la suite et auquel il forme exception; or, il est de principe que l'exception doit être entendue dans le sens de la règle. Et que dit la règle? Qu'entre créanciers, l'hypothèque n'a de rang que du jour de l'inscription. Lors donc que l'article 2135 apporte une exception à cette règle, en disant que l'hypothèque des mineurs et des femmes mariées *existe* indépendamment de l'inscription, cela signifie que l'hypothèque légale des incapables a rang en vertu des dispositions de la loi, quand même elle n'aurait pas été inscrite. Ainsi l'article 2135 n'a rien de commun avec la question de théorie que nous discutons. Quant à la loi hypothécaire, elle établit comme règle absolue la nécessité de l'inscription pour les hypothèques et les privilèges, mais l'article 1<sup>er</sup> détermine la signification de cette formalité; elle est identique avec la transcription, par conséquent elle est requise, non pour l'existence ou la validité de l'hypothèque, mais pour que l'hypothèque, de même que tout autre droit immobilier, puisse être opposée aux tiers. A l'égard des tiers, on peut dire, avec Tarrible, que l'hypothèque n'existe pas tant qu'elle n'a pas été transcrite. Entre les parties, l'hypothèque existe en vertu de la loi, de la convention ou du testament.

**547.** Reste à savoir si, sous ce rapport, il y a une différence entre les privilèges et les hypothèques. L'article 29 dit que le privilège n'a d'effet, à l'égard des immeubles, que par l'inscription, tandis que l'article 81 dit que l'hypothèque n'a de rang que par l'inscription. Cette différence de rédaction n'a aucune influence sur le principe qui est consacré par l'article 1<sup>er</sup> de la loi : tout droit immobilier soumis à la publicité n'existe, à l'égard des tiers, que si les formalités légales ont été remplies. La loi met, sous ce rapport, les privilèges sur la même ligne que les hypothèques.

§ 11 (t. V, p. 2 et suiv.). Comparez Grenier (t. I, p. 75, n° 60), qui paraît combattre Tarrible sans le nommer.

ques. Mais quand il s'agit du rang de priorité entre créanciers, il y a une différence importante entre le privilège et l'hypothèque; le rang des créanciers hypothécaires est déterminé par la date de l'inscription, sans prendre en considération ni la nature de la créance, ni sa date. Il n'en est pas de même du privilège : le rang en est déterminé, non par la date de l'inscription, mais par la qualité de la créance. De sorte qu'un privilège inscrit après l'hypothèque peut primer celle-ci; et entre les créanciers privilégiés, la préférence se règle également par les différentes qualités des privilèges, sans considérer la date de l'inscription. Ces principes ne sont pas aussi absolus que semblent le dire les articles 12 et 13 de la loi. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette matière difficile, au chapitre des *Privilèges* (n°s 58-65 et n°s 66-93).

L'article 81 (code civil, art. 2134) s'exprime donc exactement en disant que le rang des hypothèques dépend de leur inscription. Tant que l'hypothèque n'est pas inscrite, elle n'existe pas à l'égard des tiers, le créancier ne peut pas la leur opposer; en ce sens il n'acquiert son droit qu'en vertu de l'inscription, par conséquent à partir de l'inscription. Peu importe la date du titre qui constitue l'hypothèque, puisque ce titre ne peut être opposé aux tiers tant qu'il n'a pas été rendu public. Quant à la nature de la créance, elle n'est jamais prise en considération en matière d'hypothèques conventionnelles, puisque la garantie hypothécaire dépend uniquement de la volonté des parties contractantes. D'après le code civil, le rang de l'hypothèque légale était indépendant de l'inscription; le code le réglait et donnait de l'efficacité à l'hypothèque à l'égard des tiers, alors même qu'elle n'aurait pas été inscrite.

Il n'en est plus de même d'après la loi belge, les hypothèques légales sont soumises à la publicité, et, partant, au droit commun en ce qui concerne leur rang. Reste l'hypothèque testamentaire, dont le rang dépend de l'inscription, aussi bien que celui de l'hypothèque conventionnelle.

**548.** Les parties intéressées peuvent-elles déroger au rang que l'inscription assure au créancier? En principe,

l'hypothèque est d'ordre public, et les parties ne peuvent pas déroger aux lois qui concernent l'intérêt général (n° 187). Ce principe n'est pas absolu; il suppose que les droits de la société sont engagés dans le débat; s'il s'agit d'intérêts purement privés, il n'y a plus de raison de déférer aux parties de les régler comme elles l'entendent. Telle serait la convention par laquelle les parties stipulent que l'inscription à prendre en vertu d'une constitution d'hypothèque sera primée par d'autres inscriptions à prendre pour des créances dont le montant est fixé par l'acte (1). Le rang entre deux créanciers est d'intérêt privé; la seule chose qui soit d'intérêt public, c'est que les conventions qui modifient le rang qu'un créancier tient de l'inscription de son hypothèque, soient rendues publiques, afin de prévenir les tiers. Dans l'espèce, l'inscription à prendre devrait donc relater la clause qui modifie le rang du créancier, sinon elle ne pourrait être opposée aux tiers intéressés à la connaître. Il en est de même de toute clause insérée dans un contrat hypothécaire, quand elle intéresse les tiers (2).

**549.** L'hypothèque et le privilège produisent encore un autre effet, c'est de donner au créancier le droit de suite contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué (art. 96; code civil, art. 2166). En parlant du droit de suite, la loi ne distingue pas entre les hypothèques et les privilèges; elle les met sur la même ligne et les assujettit à la même condition, celle de l'inscription; une hypothèque ou un privilège non inscrits ne donnent pas le droit de suite. La raison en est simple, le droit de suite s'exerce contre les tiers; or, l'hypothèque n'existe à l'égard des tiers que par l'inscription, et il en est de même des privilèges (n° 546).

**550.** Ainsi tous les effets de l'hypothèque à l'égard des tiers dépendent de l'inscription. L'application du principe donne lieu à une difficulté qui est tranchée par l'article 81 (code civil, art. 2147). On suppose que deux créan-

(1) Gand, 11 août 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2, 45).

(2) Rejet, chambre civile, 23 mars 1874 (*Dalloz*, 1874, 1, 307).

ciers prennent inscription le même jour. Il n'y a aucun conflit quant au droit de suite; tout créancier inscrit, n'importe à quelle date, peut l'exercer, le dernier aussi bien que le premier. Mais quand il s'agira de distribuer les deniers, le conflit naîtra : comment colloquera-t-on les deux créanciers dont l'inscription porte la même date? L'article 81 (code civil, art. 2147) répond : « Tous les créanciers inscrits le même jour exercent en concurrence une hypothèque de la même date, sans distinction entre l'inscription du matin et celle du soir, quand cette différence serait marquée par le conservateur. » Cette décision est contraire à la rigueur des principes. L'inscription, en rendant l'hypothèque publique, devrait lui donner effet à partir du moment où elle est prise; donc, entre deux hypothèques inscrites le même jour, celle qui est inscrite la première devrait primer l'autre. C'est le principe que la loi suit en matière de transcription (art. 123); pourquoi ne l'applique-t-elle pas à l'inscription des hypothèques? Le motif que l'on a donné n'explique pas la différence que la loi établit entre la transcription et l'inscription. Deux acheteurs, dit-on, ne peuvent pas être propriétaires du même immeuble, chacun pour le tout; il a donc fallu se décider en faveur de celui qui transcrit le premier, quand même il n'y aurait qu'un intervalle de quelques minutes entre les deux transcriptions; tandis que deux créanciers hypothécaires peuvent venir par concurrence, en ce sens que, si le prix provenant de l'immeuble ne suffit pas pour les payer intégralement, ils seront payés par contribution. Nous répondons qu'en droit il n'y a aucune différence entre l'aliénation et l'hypothèque, entre la transcription et l'inscription, il n'y a que le mode de publicité qui diffère. Le texte de l'article 1<sup>er</sup> de notre loi le prouve à l'évidence, et les principes ne laissent aucun doute. S'il est impossible que deux acquéreurs soient chacun propriétaires pour le tout, il est également impossible que deux créanciers aient une hypothèque chacun pour le tout, car l'hypothèque est une aliénation partielle : donc, au fond, il y a identité entre l'aliénation et l'hypothèque. En réalité, la loi, en décidant que les deux créanciers inscrits le même jour viennent par concurrence,

altère le droit du premier, car il n'obtiendra qu'une partie du prix, tandis qu'il aurait eu tout le prix si on lui avait conservé le rang auquel il a droit.

On a donné d'autres motifs pour justifier l'article 81 (code civil, art. 2134); il peut y avoir incertitude sur le point de savoir lequel des créanciers s'est présenté le premier au bureau du conservateur; celui-ci peut se tromper sur ce fait, ou avantager sciemment celui des créanciers qui est venu le dernier; enfin, dit-on, donner la préférence à celui qui arrive le premier au bureau du conservateur, c'est faire dépendre le rang de l'hypothèque d'un fait purement accidentel, la préférence deviendrait le prix de la course (1). Nous répondons que les mêmes difficultés se présentent pour la transcription, et elles n'ont pas arrêté le législateur. Le conservateur des hypothèques est obligé de tenir un registre de dépôts, où il constate les numéros d'ordre et, à mesure qu'elles s'effectuent, les remises des titres dont on requiert l'inscription ou la transcription (art. 124, 1<sup>o</sup>). Par application de cette disposition, l'article 124 décide que la préférence entre plusieurs titres transcrits le même jour se détermine d'après le numéro d'ordre sous lequel la remise des titres aura été mentionnée audit registre. On pouvait et l'on aurait dû admettre la même décision pour déterminer le rang de préférence entre deux inscriptions requises le même jour. Que s'il y avait eu des difficultés et des contestations, le juge est là pour en connaître; mais c'est une étrange manière de les prévenir que de porter atteinte au droit du créancier qui se présente le premier.

**551.** L'hypothèque non inscrite ne peut être opposée aux tiers. Quels sont ces tiers? Il n'y a aucun doute quant aux tiers acquéreurs de l'immeuble hypothéqué; non-seulement ils peuvent se prévaloir du défaut d'inscription, mais l'inscription ne peut même plus être prise après la transcription de l'acte d'acquisition. Nous reviendrons sur ce dernier point. Quant aux créanciers hypothécaires, l'arti-

1) Martou, t. III, p. 132, n<sup>o</sup> 1032. Pont, t. II, p. 177, n<sup>o</sup> 734. Comparez Arntz, t. II, p. 738, n<sup>o</sup> 1818.

cle 81 (code civil, art. 2134) est applicable à la lettre; entre les créanciers, l'hypothèque a *rang* du jour de l'inscription; c'est surtout pour déterminer ce *rang* que la loi a exigé la publicité, afin que les tiers qui stipulent une hypothèque et qui l'inscrivent ne soient pas dans le cas d'être primés par une hypothèque antérieure, mais non inscrite. Entre créanciers hypothécaires, le rang se règle donc par l'inscription. Faut-il appliquer le même principe quand le conflit existe entre un créancier hypothécaire non inscrit et les créanciers chirographaires?

Il y a eu, dans les premières années qui ont suivi la publication du code civil, de longues discussions sur ce point. La cour de cassation s'est prononcée deux fois en faveur des créanciers chirographaires; le second pourvoi était dirigé contre un arrêt de la cour de Riom, rendu sur les conclusions conformes de Grenier, alors procureur général, et après de vifs débats. La chambre civile confirma la décision, mais après un délibéré de deux jours (1). Depuis lors la controverse a cessé: la doctrine et la jurisprudence sont unanimes. Il y avait des motifs de douter très-sérieux. L'article 2134, reproduit par l'article 81 de la loi belge, dit qu'*entre les créanciers* l'hypothèque n'a de *rang* que du jour de l'inscription. Qu'est-ce que la loi entend par *créanciers*? Le texte de la loi et l'intitulé de la section prouvent qu'elle n'a en vue que les créanciers hypothécaires. En effet, l'article détermine le *rang* entre les créanciers; cela suppose un concours et un *conflit* de créanciers qui ont une inscription sur le même immeuble. Le § 2 de l'article 81 (code civil, art. 2147) fait exception à la règle établie par le § 1<sup>er</sup>; or, l'exception suppose un concours entre créanciers hypothécaires; donc la règle aussi ne concerne que ces créanciers. L'intitulé le dit: *Du rang que les hypothèques ont entre elles*. Ainsi la loi entend régler le rang des créanciers hypothécaires; elle ne s'occupe pas des créanciers chirographaires, qui n'ont point de rang, puisqu'ils viennent toujours par contribution.

(1) Grenier, t. I, p. 75, n<sup>o</sup> 60. Martou, t. III, p. 128, n<sup>o</sup> 1029. Pont, t. II, p. 171, n<sup>o</sup> 729. Aubry et Rau, t. III, p. 285, et note 3, § 266. Voyez la jurisprudence dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Privilèges*, n<sup>o</sup> 1370.