

TITRE PREMIER

LA PUBLICITE FONCIERE

CHAPITRE I^{ER} – GENERALITES

1. Le but des dispositions de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 est d'établir la publicité des actes portant directement ou indirectement sur les patrimoines immobiliers en vue d'en assurer l'opposabilité et partant, de garantir la sécurité des transactions immobilières et du crédit immobilier.

L'organisation de la publicité foncière touche donc à l'intérêt général, de sorte que les règles la régissant ont pu être qualifiées d'impératives¹. Il est vrai que les parties ne pourraient conventionnellement y déroger en dispensant de la publicité des actes qu'elles concluent entre elles et qui légalement y sont soumis.

Il est admis toutefois que les tiers dans l'intérêt desquels elles sont instituées, peuvent renoncer à les invoquer. Par ailleurs, le juge ne peut soulever d'office le moyen pris de l'inopposabilité d'un acte non publié².

En définitive, il paraît plus judicieux de retenir l'explication selon laquelle il est interdit à des parties contractantes de porter atteinte à la protection que confère le droit objectif à des tiers restant étrangers à une convention, mais pourtant concernés par les effets absolus des droits réels immobiliers qu'elle crée, modalise ou éteint. En effet, il est impossible, en principe, de dégrader sans son consentement, la situation juridique d'autrui. La Cour de cassation reconnaît d'ailleurs l'existence d'un principe général de droit selon lequel nul ne peut être déclaré déchu d'un droit subjectif, attribué par la loi si ce n'est en vertu d'une autre loi³.

2. Trois formes de publicité foncière sont organisées par la loi hypothécaire : la transcription, l'inscription et la mention marginale.

¹ Cass., 21 janvier 1932, *Pas.*, 1932, I, 42, motifs.

² Cass., 30 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, 332 et la note.

³ Cass., 12 février 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 2.

CHAPITRE II – LA PUBLICITE FONCIERE PAR TRANSCRIPTION

SECTION I – DEFINITION DES ACTES SOUMIS A LA TRANSCRIPTION

A. Les actes visés à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire

§ I. Notion d'acte en général

3. La loi exige la transcription d'un « acte », c'est-à-dire de tout *negotium*⁴ volontaire susceptible de faire l'objet d'une preuve écrite.

La loi ne vise donc pas les mutations issues de simples faits bien qu'ils puissent donner naissance à des droits réels immobiliers. Ainsi, en va-t-il par exemple, de la possession qui conduit à l'acquisition d'un bien par prescription acquisitive ou de la réalisation d'une condition suspensive qui provoque le parachèvement de l'efficacité d'une transaction immobilière.

Les mutations issues de simples faits ne sont pas soumises à publicité⁵. La technique de la transcription consistant à copier un document dans un registre, y est inapplicable. On ne peut transcrire un fait.

Il n'est pas nécessaire de transcrire les mutations issues de simples faits car ceux-ci reçoivent une manifestation ostensible emportant en elle-même un effet de publicité. Pour reprendre les exemples cités plus haut, l'on sait que la possession conduisant à la prescription est publique. L'avènement d'une condition suspensive l'est également. Les tiers sont avertis de la stipulation de la condition par la transcription de l'acte qui la contient ; ils peuvent dès lors se renseigner auprès des parties pour connaître le sort de l'événement futur considéré.

A ces explications, s'ajoute surtout celle tirée du caractère strict de la publicité foncière.

En règle, les droits existent à l'égard des tiers sans formalité particulière. Ils ne créent certes pas tous une obligation ou une charge corrélatives pour d'autres, mais ils doivent à tout le moins être reconnus dans leur existence et leurs effets. La publicité foncière, en

⁴ DIRIX et DE CORTE, *Zekerheden*, n° 78, p.46.

⁵ R.P.D.B., « Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 80.

tant qu'elle instaure un régime d'opposabilité des droits attachés à l'accomplissement d'une formalité, vient déroger à cette règle. Ce régime engendre, en définitive, une fiction : un droit est réputé sans effet envers certains tiers aussi longtemps qu'il n'a pas reçu la publicité ad hoc, alors même qu'il est pourtant venu à l'existence. En ce qu'elle constitue un système particulier, dérogoire et créateur de fiction, la publicité foncière ne peut gouverner qu'un domaine étroitement et précisément délimité.

Echappent dès lors à la publicité foncière, les mutations résultant de la prescription, les constitutions de servitudes légales ou l'acquisition d'un bien par accession.

Cependant, si une convention intervient pour régler conventionnellement les conditions de la mutation légale, ou l'exercice du droit résultant de la loi, la transcription est requise. Ainsi, par exemple, une convention précisant qu'en cas de construction sur le terrain d'autrui, l'accession sera différée, devrait être transcrite ; il en irait de même pour le cas d'une convention réglant les modalités de la servitude légale de passage au profit du fonds enclavé⁶.

§ 2. Notion d'acte entre vifs à titre gratuit ou à titre onéreux

4. Les actes à transcrire doivent être intervenus volontairement et « *entre vifs* ». Les transmissions à cause de mort – légales ou testamentaires – échappent à la nécessité et à la possibilité de la transcription.

Il faut que la translation de droits réels ait lieu entre vifs pour que l'acte de mutation puisse donner lieu à transcription. La loi ne vise donc pas des actes, même entre vifs, mais dont les effets se réaliseront après la mort.

Il s'agit là d'une lacune de la loi.

On a tenté de l'expliquer de diverses manières, et notamment par l'absence d'acte à transcrire⁷.

⁶ Cass. fr. civ., 17 octobre 1950 et la note SOLUS, *Rev. tr. dr. civ.* 1951, p. 95.

⁷ La loi française a – partiellement – pallié les inconvénients de la clandestinité des mutations à cause de mort (voy. MAZEAUD, *Leçons III*, n° 673) par le décret du 4 janvier 1955: le transfert à cause de mort peut donner lieu à la publication d'une attestation notariée à moins que le partage de la succession lui-même ne soit publié dans les six mois du décès. La sanction de la non publicité d'une telle mutation, dans les conditions du décret, est cependant limitée.

L'explication ne vaut cependant que pour les successions légales, puisque les transmissions testamentaires donnent bien lieu à un acte.

On aurait d'ailleurs pu établir, même en l'absence d'écrit, un certificat de succession donnant lieu à publication, d'autant que les inconvénients du système actuel sont importants.

5. Notre droit offre cependant trois remèdes à la lacune de la loi hypothécaire, en ce qui concerne la publicité des transmissions à cause de mort.

En premier lieu, il s'agit de l'obligation de publier les actes de partage, parmi les actes déclaratifs visés à l'article I, alinéa I de la loi hypothécaire⁸.

En deuxième lieu, la loi du 10 octobre 1913, en son article 13, oblige le receveur de l'enregistrement et des domaines à donner aux tiers des renseignements sur les mutations à cause de mort, mais toutefois sans garantie d'exactitude⁹.

En troisième lieu enfin, la théorie de l'héritier apparent permet de valider les actes que la personne, qui est apparemment héritière, a pu accomplir avec des tiers de bonne foi, relativement aux biens successoraux.

6. La loi soumet à la publicité tout acte à titre gratuit ou à titre onéreux contenant l'un des *negotia* qu'elle vise, sans distinction selon la volonté des parties, imprégnée ou non de l'*animus donandi*.

§ 3. Notion d'acte translatif

7. La loi impose la publicité à tous les actes translatifs, c'est-à-dire faisant passer la propriété ou un autre droit réel immobilier du patrimoine d'une personne dans le patrimoine d'une autre personne. Il s'agit des actes examinés ci-dessous.

a. La vente

8. La vente constitue le type même de l'acte translatif.

⁸ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 963.

⁹ R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 38.

Elle peut présenter de nombreuses modalités, imposant une réflexion afin de déterminer à quel moment de la vie du contrat, la publicité foncière doit être réalisée.

9. Lorsque les parties ont conclu une vente avec transfert différé de la propriété, leur convention doit être transcrite, puisqu'elle est bien translative: le transfert est certain, même s'il est à terme.

La transcription doit avoir lieu au moment de la vente, et non au moment du transfert de propriété, de manière à ce que les tiers soient avertis, dès la vente, du danger qu'il y aurait à traiter avec le vendeur, qui est destiné de manière certaine à ne plus être propriétaire.

Si la transcription n'était opérée qu'au moment du transfert de propriété effectif, les tiers traiteraient valablement avec le vendeur, restant, pour eux, le véritable propriétaire, car la transcription n'a pas d'effet rétroactif¹⁰.

C'est le même ordre d'idées qui dicte les solutions recommandées ci-dessus.

10. Lorsque les parties ont conclu une vente sous condition résolutoire, la transcription de leur convention s'impose parce que le transfert est immédiat. Ainsi, par exemple, la vente à réméré¹¹ est une vente affectée d'une condition résolutoire expresse, par laquelle le vendeur convient avec l'acheteur que la vente sera résolue si, dans le délai prévu, il déclare vouloir reprendre la chose.

11. Lorsque les parties ont conclu une vente sous condition suspensive, la transcription de leur convention est conseillée également dès la conclusion de la convention en raison de l'effet, en principe, rétroactif de la survenance de la condition. Ainsi, par exemple, la vente à condition d'obtenir un permis d'urbanisme existe, mais seulement "*pendente conditione*". Si le permis d'urbanisme est obtenu, tout se passe comme si la vente avait été pure et simple "*ab initio*".

12. On notera que dans la vente affectée d'une condition, celle-ci sera connue des tiers puisque la transcription consiste en un recopiage de l'acte. Dès lors, la survenance de la condition ne doit pas faire l'objet d'une publicité propre, les tiers avertis par la lecture de l'acte transcrit pouvant s'informer auprès des parties. En outre la modification issue de la survenance de la condition, constitue un fait et non un acte et de surcroît résulte de la loi.

¹⁰ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 967.

¹¹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 317.

13. Lorsque les parties ont conclu une vente de chose de genre, la chose n'étant pas individualisée, il n'y a pas de transfert de la propriété ; ce transfert ne se produira qu'au moment de la spécification.

La transcription paraît néanmoins utile "*ab initio*", puisque la spécification se produira nécessairement et, par conséquent aussi, le transfert de propriété¹².

Ainsi, en irait-il par exemple, de la vente de telle superficie à prélever sur tel terrain. Cependant, une difficulté s'élèvera pour l'identification de la parcelle à transférer pour les besoins de la transcription, avant sa spécification¹³.

Il conviendra d'insérer dans l'acte à transcrire une clause rendant suffisamment déterminable le bien concerné.

14. Lorsque les parties ont conclu une vente de choses futures, il s'agira d'une vente nulle faute d'objet, si la chose vendue ne se réalise pas. Hormis ce cas, la virtualité du transfert justifie la transcription dès la formation même du contrat¹⁴.

15. Si une vente porte sur la chose d'autrui, deux situations peuvent se présenter.

Dans la première hypothèse, l'une des parties traite sciemment, et sans mandat, à propos de la chose d'autrui, il n'y a pas, dans ce cas, de vente valable, et par conséquent la question de la transcription ne se pose pas. Tel est le cas par exemple, si une personne vend tel immeuble, en s'engageant à en acquérir la propriété; il y a alors sans doute création d'un contrat innommé engendrant des obligations de faire, mais pas de convention translatrice de propriété, donc pas de transcription en principe¹⁵.

¹² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 969.

¹³ Pour CARBONNIER (II, p. 52), il n'y a qu'une simple créance immobilière, dans le cas de la vente d'une chose de genre immobilière. Il s'agirait du droit d'exiger du débiteur un certain bien immeuble: l'acheteur ne serait que créancier du propriétaire vendeur de l'immeuble avant la spécification.

¹⁴ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 370; Voyez aussi la loi Breyne du 9 juillet 1971 et l'A.R. 25 octobre 1971 qui réglemente la vente de maison ou d'appartement à construire. Selon l'article 4bis de la loi, dès la conclusion de la convention de vente « Breyne », les droits du vendeur sur le sol sont transférés à l'acheteur. Dès la mise en œuvre, il y a incorporation de matériaux au sol provoquant ainsi l'accession. Il y a donc lieu à transcription de cette convention *ab initio*.

¹⁵ Il en va de même en cas de vente d'un immeuble indivis par un seul des indivisaires (VERBEKE, « Verkoop van onroerend goed – Eigendomoverdracht tussen partijen en tegewerpeijkheid aan derden – verschillende kopers in verkoopovereenkomst en notariële akte », note sous J.P. Berchem-Anvers, 21 mars 1995, *R.G.D.Civ.*, 1996, p.97).

Dans la seconde hypothèse où une personne traite de la chose d'autrui, sans savoir qu'elle appartient à autrui, la vente peut être annulée¹⁶, mais c'est une nullité relative que l'acheteur seul peut invoquer. En attendant cette annulation, l'acte peut produire ses effets et il faut le transcrire¹⁷.

16. Lorsque les parties ont conclu une vente alternative, c'est-à-dire une vente portant sur deux ou plusieurs objets, mais avec cette particularité qu'en définitive, seul un objet sera dû en vertu d'un choix à exercer par le créancier ou le débiteur¹⁸, la transcription est à conseiller dès que l'un des objets de l'alternative est un immeuble¹⁹.

17. Lorsque les parties ont conclu une promesse synallagmatique de vente, la convention doit être transcrite, puisqu'elle vaut vente. En revanche, la promesse unilatérale de vente ne doit pas être transcrite, puisqu'elle n'a aucun effet translatif.

La vente issue de la déclaration de volonté du bénéficiaire de la promesse de se porter acquéreur devra être transcrite²⁰.

Une certaine jurisprudence reconnaît cependant l'intérêt à transcrire la promesse de vente.

Une transcription de la promesse pourrait en effet entraîner éventuellement la responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation du promettant : si la convention d'option a été transcrite, en effet, le tiers peut savoir qu'il ne pouvait acheter le bien, objet de la promesse, sans se rendre éventuellement complice de la violation de cette obligation²¹.

18. Qu'en est-il de la cession de mitoyenneté ? La mitoyenneté est la copropriété forcée des clôtures séparatives de deux fonds appartenant à des propriétaires distincts²². La clôture mitoyenne est en indivision. Elle est soit construite à frais communs directement, soit établie par l'un et rachetée par celui qui en a besoin pour s'y appuyer, en application de l'article 661 du Code civil. C'est ce que l'on appelle l'achat forcé de mitoyenneté. En vertu d'une extension jurisprudentielle de la portée de l'article 661 du

¹⁶ L'action en annulation devra faire l'objet d'une mention en marge de l'acte transcrit (article 3 de la loi hypothécaire - Voyez infra).

¹⁷ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 971; Genin, n° 115.

¹⁸ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 273.

¹⁹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 972; Genin, n° 116; AUBRY ET RAU, II, § 209 et la note I.

²⁰ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 973; Laurent, XXIX, n° 57; Gand, 15 mai 1948, *Rec. Gén., Enr. Not.*, 1949, p. 131 et la note E.T.

²¹ Voyez J.P. Grâce-Hollogne, 22 février 1983, *Jur. Liège*, n° 21, oct. 1983, p. 440.

²² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 1182.

Code civil²³, le propriétaire qui a établi la clôture peut également contraindre le voisin qui s'en sert à en acquérir le droit de propriété indivis.

Qu'il y ait rachat de la mitoyenneté ou contrainte à l'acquérir, il y a mutation d'un droit réel. L'acte contenant le negotium de cette opération juridique doit être transcrit pour être opposable aux tiers²⁴.

Le cas de la clause dite de « réserve de mitoyenneté » est plus délicat. Répondre à la question de savoir si l'acte contenant une réserve de mitoyenneté doit ou non être transcrit, suppose l'examen préalable de la nature de ce type de clause.

S'agit-il de la constitution ou de la cession d'un droit réel de propriété au bénéficiaire de la réserve qui pour être opposable aux tiers (et notamment au propriétaire de l'immeuble contigu) doit être transcrite ?

S'agit-il au contraire d'une cession de créance future, cession par le propriétaire qui a construit l'immeuble, de sa créance d'indemnité représentative du droit de mitoyenneté, au bénéficiaire de la réserve sans aliénation de la mitoyenneté elle-même et dès lors sans transcription ?

Certaines juridictions de fond ont par le passé admis qu'il s'agissait de la cession ou de la constitution d'un droit réel.

La Cour de cassation a en revanche estimé²⁵, en substance, que la mitoyenneté définie comme la copropriété d'un mur séparatif, ne peut appartenir qu'aux propriétaires des fonds contigus. Par conséquent, la réserve de mitoyenneté est une cession de créance qui pour être opposable aux tiers en général, et notamment au propriétaire du fonds contigu, ne doit pas être transcrite, mais notifiée au propriétaire du fonds contigu en sa qualité de débiteur cédé, conformément au système prévu par les articles 1690 et suivants du Code civil.

19. Enfin, en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique, il faut distinguer l'expropriation amiable, qui est une vente pure et simple, à transcrire sur la base de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire, et l'expropriation forcée, régie par la loi du 17 avril 1835, dont l'article 20 impose la transcription du jugement d'expropriation.

²³ Cass., 2 juin 1971, *J.T.*, 1978, p. 101 ; Cass., 18 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 692 ; Cass., 22 février 1985, *J.T.*, 1986, p. 234, *Pas.*, I, p. 772 ; Cass., 22 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1252.

²⁴ JP Grâce Hollogne, 22 février 1983, *Jur. Liège*, 1983, p. 440 ; Cass., 12 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, 151.

²⁵ Cass., 7 décembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 22

b. La donation

20. Les actes à titre gratuit, contenant donation, sont soumis à transcription. Des raisonnements identiques à ceux proposés lors de l'examen des diverses modalités de la vente y sont applicables.

c. L'échange

21. L'échange suit également le même régime que la vente.

d. La dation en paiement

22. Si la dation en paiement a pour objet la transmission d'un droit réel sur un immeuble ou le remplacement d'une telle transmission initialement prévue, par l'exécution d'une obligation présentant un objet différent, la transcription s'impose.

L'objet remis en paiement devient en effet la propriété du créancier ainsi désintéressé.

23. A l'inverse, l'objet ne devant plus être transmis reste bien entendu la propriété du débiteur. Ces modifications de la convention initiale appellent la transcription.

e. L'apport en société

24. L'apport en société transfère la propriété du bien apporté à la société qui émet en contrepartie des parts représentatives de son capital social. La transcription s'impose donc si l'apport a pour objet un immeuble ou un droit réel immobilier.

25. Dans la scission, la fusion ou la scission partielle de sociétés, portant en tout ou en partie, sur des immeubles, ce sont les procès-verbaux d'où ressortent les décisions prises par les sociétés concernées qui doivent être transcrits.

f. Le contrat de mariage

26. Les actes contenant contrat de mariage ou mutation d'un régime matrimonial doivent être transcrits dans la mesure où ils contiennent la mutation d'un bien ou d'un droit réel immobilier d'un patrimoine vers un autre patrimoine.

g. La résiliation bilatérale

27. Il s'agit d'actes par lesquels les parties conviennent de défaire ce qu'elles avaient antérieurement conclu. En fait, il y a rétrocession, donc nouvelle mutation, qui doit être transcrite.

§ 4. Notion d'acte constitutif

28. La loi hypothécaire ne vise pas l'acte constitutif de manière expresse, mais, de manière constante, celui-ci est considéré par la jurisprudence et la doctrine, comme tombant sous le coup de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire.

En effet, dans la mesure où, en constituant un droit réel, le propriétaire démembre son droit de propriété, l'acte de constitution a un aspect translatif²⁶.

a. La servitude

29. L'acte constitutif de servitude doit être transcrit²⁷ même si la servitude est apparente. Le caractère apparent de la servitude pourra produire son effet uniquement pour affaiblir la position du tiers se prétendant « *de bonne foi* », c'est-à-dire dans l'ignorance de l'acte non transcrit²⁸, cette condition étant requise pour pouvoir se prévaloir de la protection offerte par la publicité foncière.

30. Pour que la transcription soit applicable, il doit s'agir d'une servitude conventionnelle. La servitude légale n'opérant pas mutation volontaire ne donne pas lieu à transcription, sauf en cas de modalisation conventionnelle de l'exercice qui peut en être fait.

²⁶ Voir en doctrine: LAURENT, XXIX, 56; MARTOU, I, 31; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1008; Vincent, « Ex. Jur., Priv. et hyp. » in *J.T.*, 1975, p. 305, n° 5.

²⁷ Civ. Gand, 27 octobre 1950, R.W., 1950-51, col. 1370; J.P. Jumet, 7 octobre 1970, *J.J.P.*, 1971, 262; Civ. Courtrai, 13 mars 1987, *T. Not.*, 1990, p. 230.

²⁸ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1010; J.P. Jumet, 7 octobre 1970, *J.J.P.*, 1971, p. 262; LEDOUX, « Ex. Jur. Priv. et hyp. » in *J.T.*, 1975, p. 305, n° 5 et n° 12; HEURTERRE, « Voorrechten en hypotheken », *T.P.R.*, 1992, n° 6.

31. La qualification de servitude (et non de droit de créance) est indispensable pour que l'acte soit soumis à la formalité de la transcription. Cette qualification relève de l'interprétation souveraine donnée par le juge du fond à la convention censée créer la servitude. En se fondant sur la commune intention des parties, un jugement peut, sans violer la notion légale de servitude, qualifier un droit de passage de droit personnel et décider, partant, que ledit droit est intransmissible à l'acquéreur à titre particulier du fonds vendu par le bénéficiaire du droit. La commune intention des parties, ainsi qualifiée, peut légalement ressortir de la clause d'un compromis de vente selon lequel la création d'une servitude de passage au profit du vendeur d'un terrain n'a été concédée que pour remédier à une situation temporaire²⁹.

b. Usufruit conventionnel³⁰

32. Il y a lieu à transcription qu'il s'agisse de la constitution directe d'un usufruit ou de la constitution par voie de réserve par le propriétaire à l'occasion de l'aliénation du fonds³¹.

Il faut qu'il s'agisse d'un usufruit conventionnel. Il n'y a pas lieu à transcription en cas d'acquisition par les parents de la jouissance légale des biens acquis par ou donnés aux enfants ou encore en cas d'usufruit du conjoint survivant.

33. Il faut qu'il s'agisse d'un véritable usufruit et non d'un droit approchant, restant purement personnel.

c. L'emphytéose

34. L'emphytéose est un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance périodique,

²⁹ Cass., 21 septembre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 1045.

³⁰ La constitution d'usufruit doit être distinguée d'une concession sur le domaine public. Une concession sur des biens immobiliers dépendant du domaine public ne doit pas faire l'objet d'une transcription. Elle ne peut être assimilée à la constitution d'un usufruit puisque les biens immobiliers du domaine public sont inaliénables (J.P. Anderlecht, 13 septembre 1968, p. 1871, III, I; TPR, 1978, n° 3, p. 1151, HEURTERRE).

³¹ Bruxelles, 3 avril 1957, Rev. part. Not., 1960, n° 117; Cass., 8 octobre 1970, Pas., 1971, I, 109 et suivantes, R.W., 1970-71, col. 1142.

en principe annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété³².

35. La constitution d'une emphytéose doit être transcrite. A l'expiration de l'emphytéose – qui doit avoir une durée minimale de 27 ans et maximale de 99 ans –, les constructions érigées par l'emphytéote appartiennent gratuitement au propriétaire du fonds, conformément à l'article 8 de la loi du 10 janvier 1924, mais l'emphytéote a le droit de les enlever à charge de remettre le fonds en son pristin état. Il n'y a pas lieu à transcription de cette mutation des constructions, car elle opère en vertu de la loi.

d. La superficie

36. La superficie est le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un terrain appartenant à autrui. La constitution d'une superficie peut s'appliquer à des ouvrages existants.

37. L'acte constitutif d'un droit de superficie doit être transcrit.

38. Le superficiaire est propriétaire des ouvrages, mais temporairement, au maximum pour cinquante ans.

A l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages et plantations passe au propriétaire du fonds, à charge pour lui de rembourser leur valeur actuelle, comme l'impose l'article 6 de la loi du 10 janvier 1824.

Il n'y a pas lieu à transcription de cette mutation, car elle résulte de la loi.

§ 5. L'acte déclaratif

39. L'acte déclaratif doit également être transcrit en vertu de l'article 1^{er} alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire.

a. Le partage

³² Voir article 3 de la loi du 10 janvier 1824; Civ. Termonde, 26 février 1959, R.W., 1958-1959, p. 1717.

40. Au sens du droit commun, en principe, l'acte déclaratif est celui qui ne fait que révéler une situation juridique existante. Il ne crée rien de nouveau.

Normalement donc, l'acte déclaratif ne crée pas de translation.

Cependant, au sens de la loi hypothécaire, l'acte déclaratif est en réalité un acte qui opère un déplacement de propriété, mais avec effet rétroactif. On dit que ces actes sont déclaratifs parce que le transfert de propriété ou de droit qu'ils constatent est censé avoir eu lieu à un moment antérieur à l'acte.

41. L'exemple type en est le partage, au sens de l'article 883 du Code civil. Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les biens compris dans son lot ou à lui échus par succession à dater du décès. L'indivision s'efface de la sorte.

Par le partage, les héritiers échangent en définitive leurs parts indivises dans la succession contre des droits divis.

Il y a donc une mutation entre les héritiers, mais cette mutation est censée avoir lieu à un moment antérieur au partage lui-même (c'est-à-dire à la date du décès) par une application d'une fiction juridique.

Cette fiction du caractère rétroactif du partage existe pour protéger les cohéritiers contre les actes d'aliénation ou de disposition que l'un d'entre eux aurait accompli seul sur un bien de la succession.

Dès le partage, le bien attribué à tel héritier entre quitte et libre de toute charge dans son patrimoine, même si un autre cohéritier a constitué sur le bien un droit réel principal ou accessoire. Ce droit disparaît si le bien n'est pas attribué au constituant.

Ainsi également, l'aliénation consentie par un co-indivisaire seul est nulle si le bien n'est pas placé dans le lot du vendeur.

Par conséquent, aussi longtemps que le partage n'est pas publié, le pouvoir de disposition d'un cohéritier seul est efficacement paralysé, car aucun créancier n'acceptera de traiter avec un cohéritier seul relativement à l'immeuble en indivision.

Il est donc de l'intérêt des copartageants de publier le partage le plus rapidement possible pour permettre aux tiers de vérifier l'identité du véritable propriétaire du bien.

Cette nécessité de publier le partage pour rendre opposables aux tiers les droits privatifs qu'il a fait naître dans le chef d'anciens indivisaires s'applique à tout acte de sortie d'indivision quelconque.

b. La transaction

42. La transaction est, selon l'article 2044 du Code civil, la convention par laquelle les parties conviennent, par des concessions réciproques, de mettre fin à un litige ou conviennent de prévenir une contestation à naître.

43. Si la transaction porte sur des biens non litigieux, elle est translative et c'est à ce titre qu'elle doit être transcrite.

44. Si la transaction porte sur des biens litigieux, l'objet de la transcription est alors censé avoir toujours fait partie du patrimoine de celui qui l'obtient et elle est déclarative de droit. C'est alors en tant qu'acte déclaratif que la transaction doit être transcrite³³.

c. La ratification

45. Ratifier consiste à prendre à son compte un acte qu'un tiers a accompli sans mandat.

La situation suppose qu'un tiers se soit porté fort de l'acquisition ou de la vente d'un immeuble ou de la constitution sur ce dernier d'un droit réel immobilier, par une future partie contractante³⁴ ; ou qu'une personne ait pu apparaître comme le mandataire du titulaire d'un droit, créant ainsi la croyance légitime qu'il l'était effectivement.

Ainsi par exemple, il arrive qu'une société-mère compareisse à un acte comme porte fort pour sa filiale, venderesse ou acquéreuse d'un immeuble.

46. La question se pose de savoir s'il faut transcrire la convention par laquelle le tiers a comparu en déclarant se porter fort de l'acquisition ou de la vente ou de la constitution du droit réel par le maître de l'affaire.

³³ Rapport LELIÈVRE, Pasin. 1850, p. 381, n° 1 ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 999.

³⁴ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1001.

La réponse est théoriquement négative puisque cette convention elle-même n'est pas translatrice de droit ; ce n'est qu'une convention de porte fort à propos d'une opération restant à conclure.

La mutation s'opère seulement par la ratification de l'acte accompli par le porte fort, donnée par le maître de l'affaire.

Toutefois, la ratification opère avec effet rétroactif. L'acte de ratification ne fait que consolider ou révéler ce qui était déjà, et le transfert est censé avoir eu lieu au moment de l'acte à ratifier, et non au moment de la ratification.

En réalité, la mutation s'est accomplie en deux actes, grâce aux effets combinés de la convention à ratifier et de la ratification.

Imposer la transcription des deux actes impliquerait l'exigence pour la ratification de l'établissement d'un acte authentique. Cela supprimerait la possibilité d'une ratification tacite, la plus fréquente dans les faits.

Par conséquent, il est conseillé de faire transcrire l'acte à ratifier dès sa conclusion. Sans doute l'effet translatif d'un tel acte est-il subordonné à la ratification, mais la transcription elle-même avertit les tiers qu'il s'agit d'un acte soumis à ratification. Les tiers disposent ainsi d'une connaissance suffisante de l'état de la situation, pour leur permettre de s'informer auprès des parties du sort définitif de la mutation.

Ainsi, ou bien le tiers n'accepte de traiter que s'il a la preuve de la ratification, ou bien il traite à ses risques et périls.

47. La transcription est faite au nom de la personne véritablement intéressée par l'opération, c'est-à-dire au nom du maître de l'affaire et non au nom de celui qui s'est porté fort.

48. Le même raisonnement et la même solution prévalent lorsqu'un engagement est souscrit au nom d'une société en formation, ou lorsqu'un acte est posé par un mandataire apparent.

§ 6. Notion d'acte portant sur des droits réels immobiliers

a. Propriété, servitude, usufruit, emphytéose et superficte

49. L'inopposabilité aux tiers des actes non transcrits ne concerne, au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, que les actes ayant pour objet des droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques. Ceux-ci possèdent leur mode de publicité propre, à savoir l'inscription.

Il faut qu'il s'agisse d'un véritable droit réel, et non d'un droit personnel même s'il porte indirectement sur un bien, tel un droit de préférence pour l'acquisition d'un immeuble ou une option d'achat³⁵.

La loi vise notamment ainsi la propriété, la servitude, l'usufruit, l'emphytéose ou la superficie.

Pareillement, la constitution d'un droit d'usage³⁶ ou d'habitation³⁷, sur un immeuble doit être transcrite puisqu'il s'agit de droits réels concédés à une personne et à sa famille d'user ou d'habiter sa vie durant d'une chose immobilière. Ce droit est cependant personnel (dans le sens de droit attaché de manière essentielle à une personne déterminée, et non dans le sens de droit relatif), incessible et insaisissable.

Il faut qu'il s'agisse d'un droit réel ayant pour objet un immeuble.

Quelques cas particuliers retiennent toutefois l'attention, ainsi qu'on le verra ci-dessous.

b. Meubles par anticipation, immeubles par destination, parts sociales

50. Les meubles par anticipation sont des biens incorporés, assemblés ou attachés à un immeuble, mais envisagés conventionnellement en considération de leur autonomie future. Ce sont des immeubles actuels, traités en meubles futurs.

51. Pour les conventions qui les concernent, il ne faut pas de transcription en principe, puisqu'il s'agit de biens encore immobilisés mais que les parties traitent déjà comme étant détachés de celui-ci.

52. Une question d'interprétation peut se poser cependant. Ainsi, par exemple, si la vente d'une forêt sur pied ou d'un champ encore planté porte sur l'immeuble boisé ou planté, il y aura lieu à transcription, mais s'il résulte de l'acte que les parties ont entendu

³⁵ Gand, 25 octobre 1996, *Mys & Breesch*, 1996-1997 / 86.

³⁶ Civil Liège, 9 octobre 1974, *Jur. Lg.*, 1978, p. 435.

³⁷ Civil Liège, 9 octobre 1974, *Jur. Lg.*, 1978, p. 435; J.P. Arlon, 20 juin 1980 et Civ. Arlon, 21 octobre 1980, *Jur. Liège*, 1981, p. 158 ; Voyez LEDOUX, *Chronique, J.T.*, 1987, n° 4, p. 299.

vendre les arbres détachés du sol ou la récolte coupée, il s'agit d'une vente mobilière qui ne doit pas être transcrite.

53. Les immeubles par destination au sens de l'article 524 du Code civil³⁸ sont des meubles par nature attachés³⁹ à perpétuelle demeure au fonds ou affectés par leur propriétaire au service du fonds, dont il est également propriétaire, le fonds étant spécialement aménagé pour cette affectation.

Vendus séparément, ces biens perdent leur caractère d'immeuble : la transcription ne s'impose donc pas.

Vendus avec le fonds ou le bâtiment, ces biens restent immobilisés : la transcription est nécessaire pour rendre leur transfert opposable.

54. Dans les sociétés dotées de la personnalité juridique, les parts sociales sont toujours mobilières même si l'avoir social qu'elles représentent comporte des immeubles.

Un acte translatif, déclaratif ou constitutif sur ces parts ne doit jamais faire l'objet d'une transcription même si la société ne possède que des immeubles dans son patrimoine.

Dans les sociétés dépourvues de la personnalité juridique (société de droit commun société en participation et société interne), en revanche, les parts sociales sont mobilières ou immobilières, selon la composition de l'actif indivis entre les associés. Une cession des parts de telles sociétés devra donc être transcrite, selon les cas.

c. Les actes authentiques visés aux articles 577-4 § 1^{er} et 577-13 § 4 du Code civil

55. Sont visés de la sorte l'acte de base et le règlement de copropriété qui constituent les statuts d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles bâtis se trouvant placés sous le régime de la copropriété forcée, ainsi que l'acte notarié constatant la clôture des opérations de liquidation d'une copropriété forcée dissoute.

56. Ces actes doivent être transcrits au même titre que les modifications qui y sont apportées.

³⁸ Voyez sur les conditions de l'immobilisation : « Les biens », *Ex. Jur.*, HANSENNE, *R.C.J.B.*, 1977, p. 84, n° 2.

³⁹ Jurisprudence et doctrine modernes admettent que l'attache peut être purement psychologique et résulter de la volonté des parties (Ex.: la moquette).

B. Les actes visés à l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi hypothécaire

§ 1. Les jugements

57. L'article 1^{er} alinéa 2 soumet à la formalité de la transcription les jugements passés en force de chose jugée tenant lieu de convention ou de titre pour la transmission des droits réels immobiliers.

a. Les jugements tenant lieu de convention

58. Tomberaient dans cette catégorie les jugements opérant un effet translatif, à défaut de negotium, de contrat ou d'accord de volonté des parties.

De tels jugements ne peuvent, en principe, exister dans notre droit en raison de l'article 1134 du Code civil ; le juge ne peut suppléer à l'absence de volonté des parties.

59. Il existe toutefois une exception : le jugement décidant qu'ont été remplies toutes les formalités prescrites par la loi du 17 avril 1835 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique fait passer la propriété du bien exproprié du patrimoine du particulier dans celui de l'autorité expropriante. La transcription de ce jugement est également imposée par la loi précitée elle-même, en son article 20, tel que modifié par la loi du 29 mai 1870.

b. Les jugements tenant lieu de titre

60. Il s'agit de tous les jugements qui constatent ou reconnaissent l'existence d'un acte soumis à transcription.

Dans ce cas, le jugement doit être transcrit car il remplace l'acte et tient lieu d'instrumentum.

Cela vaut pour tous les jugements qui constatent l'existence d'un acte translatif, déclaratif ou constitutif d'un droit réel immobilier, ou d'un autre acte soumis à transcription.

61. Le jugement qui se prononce seulement sur une contestation relative à un titre existant ne doit pas être transcrit.

62. De même, ne doit pas être transcrit, le jugement qui, statuant sur un litige, constate qu'est atteinte la prescription acquisitive d'un droit réel immobilier. En effet, le fait de l'avènement de la prescription ne fait pas l'objet d'un acte soumis à transcription. Il en va pareillement du jugement qui constaterait l'existence d'une servitude légale.

c. Les jugements passés en force de chose jugée

63. Faut-il, comme l'indique le texte de l'article 1^{er}, alinéa 2 de la loi hypothécaire, que le jugement soit passé en force de chose jugée pour qu'il doive être transcrit, ou plus exactement qu'il soit admis à transcription ?

La Cour de cassation a répondu négativement⁴⁰. Le jugement encore appellable peut être transcrit car la publicité hypothécaire vise la force probante du jugement, qui existe dès sa prononciation, et non la force exécutoire de ce dernier.

64. La transcription d'un jugement encore appellable doit être accompagnée d'une transcription de mentions ou de pièces indiquant que le jugement n'est pas passé en force de chose jugée. Les tiers seront ainsi avertis, et pourront vérifier le sort ultérieur de la décision. Sera transcrite ensuite la décision d'appel ou rendue sur l'opposition⁴¹.

§ 2. Les actes de renonciation à des droits réels immobiliers⁴²

a. Principe général

65. Au même titre que l'acte translatif, l'acte de renonciation à un droit réel immobilier opère mutation et doit être transcrit. Ainsi doivent être transcrites⁴³ la renonciation à un usufruit, la renonciation à un droit d'usage ou d'habitation, la renonciation à une servitude et la renonciation à la mitoyenneté, etc.

Il faut transcrire ces actes même si l'on se trouve en présence d'une renonciation gratuite, qui constitue une donation indirecte.

⁴⁰ Cass., 11 février 1971, *Pas.*, 1971, I, 532.

⁴¹ Genin, n° 212.

⁴² Voyez DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1014.

⁴³ Voyez R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », 1987, n° 187.

b. La renonciation à l'accessoire

66. Le cas particulier de la renonciation à l'accession⁴⁴ a posé problème.

L'on rencontre fréquemment des conventions par lesquelles le propriétaire d'un terrain renonce au droit d'accession au profit de telle personne déterminée qui va construire avec ses matériaux sur ce terrain. Le bénéficiaire de la clause devient propriétaire des constructions.

De tels actes, en principe, ne sont pas soumis à la transcription, car l'accession constitue un mode originaire d'acquisition de la propriété et non un droit réel immobilier proprement dit⁴⁵. Cependant, la renonciation à l'accession peut aboutir à la constitution indirecte d'un droit de superficie. L'acte est donc soumis à la transcription à ce titre⁴⁶.

c. La renonciation à la prescription

67. Comme on l'aperçoit, il faut que ce à quoi l'on renonce constitue véritablement un droit réel immobilier entré dans le patrimoine du renonçant.

Ainsi, il n'y a pas de transcription de l'acte par lequel on renonce à la prescription.

En effet, la prescription ne joue jamais d'office au profit de celui qui en bénéficie. Celui-ci doit s'en prévaloir. La prescription n'est d'ailleurs qu'un mode d'acquisition originaire d'un droit réel immobilier. Elle ne constitue pas ce droit lui-même. Il n'y a pas lieu à transcription si la renonciation à la prescription intervient avant que celle-ci ait été invoquée.

68. Il en va différemment si le renonçant renonce à la prescription après en avoir bénéficié.

En réalité, dans ce cas, il renonce aux droits acquis en vertu de la prescription. Il y a alors mutation et donc, il y a lieu à transcription.

⁴⁴ Voyez note RENARD sous Mons, 7 février 1978 et Cass., 13 mai 1970, *R.C.J.B.*, 1980, p. 5; voyez également HANSENNE, « Ex. Jur. Biens », *R.C.J.B.*, 1990, n° 34, p. 333 et *R.C.J.B.*, 1984, n° 26, p. 81, *R.P.D.B.*, « V° Hypothèques et privilèges immobiliers (1987) », n° 185.

⁴⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, n° 42.

⁴⁶ Thèse consacrée par Bruxelles, 8 janvier 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 17, citée par HANSENNE, « Ex. Jur. Biens », *R.C.J.B.*, 1990, n° 71, p. 451 – voir pour la controverse née à ce sujet LEDOUX, *Chron. J.T.*, 1980, p. 315, n° 8; et par Cass., 19 mai 1988, *J.T.*, 1988, p.475, *R.N.B.*, 1988, p.473; *R.W.*, 1988-1989, p. 572.

d. La renonciation à un droit successoral

69. Qu'en est-il de la renonciation à une succession ou à un legs comportant des immeubles⁴⁷?

L'effet particulier de la renonciation à succession réside en ce que les biens, objets du legs ou de la succession, sont censés n'être jamais entrés dans le patrimoine du renonçant. La renonciation n'opère donc pas mutation. Ce serait différent si la renonciation portait sur la succession une fois acceptée, car elle opérerait alors mutation des droits acquis.

e. La renonciation à une action en justice portant sur un immeuble

70. Comment traiter le cas de la renonciation à certaines actions en justice immobilières⁴⁸?

Sont immobilières les actions qui tendent à revendiquer un immeuble, telles que l'action en revendication proprement dite, ainsi que toutes les actions qui tendent à obtenir la consécration d'un droit réel immobilier, comme l'action en partage d'immeuble, l'action hypothécaire, l'action en bornage, l'action confessoire ou négatoire de servitude.

Sont immobilières également, les actions qui tendent indirectement à récupérer la propriété d'un immeuble, à la suite d'une résolution, d'une rescision, d'une annulation.

71. L'acte de renonciation à de telles actions ne doit pas faire l'objet d'une transcription, parce que la renonciation à exercer une telle action, ou la renonciation à l'action déjà intentée, n'opère pas mutation du droit réel litigieux.

Si l'action aboutit, et que le jugement constate l'annulation ou fait droit à la revendication, il n'y a pas lieu davantage à transcription, car ce n'est pas le jugement qui opère translation ; le jugement n'est que déclaratif. Or, tous les jugements prononcés en matière immobilière ne doivent pas être transcrits, mais seulement ceux qui tiennent lieu de titre d'une mutation advenue.

⁴⁷ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1016.

⁴⁸ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, n° 698 et 699B.

§ 3. Les baux de plus de neuf ans ou contenant quittance d'au moins trois ans de loyers

a. Les baux à loyers et les baux commerciaux

72. Pourquoi la loi hypothécaire prévoit-elle la transcription des baux à loyers et commerciaux, alors que le bail n'est pas constitutif de droits réels dans le chef du locataire, mais ne lui donne qu'une créance personnelle contre le bailleur ?

La transcription de certains baux est prévue par la loi hypothécaire en raison des obligations que l'existence d'un bail peut entraîner pour l'acquéreur d'un bien loué, bien qu'il soit tiers par rapport au contrat de bail.

En effet, selon l'article 1743 du Code civil, tel que modifié par la loi du 22 février 1991: *"Si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contrat de bail"*.

En cas de vente d'un bien loué, l'acquéreur doit donc respecter et exécuter les baux ayant acquis date certaine avant la vente.

L'acquéreur peut certes percevoir les loyers, mais il doit aussi se comporter en bailleur. Son immeuble est en quelque sorte grevé. La reprise du bail ayant date certaine est de droit et l'acquéreur doit exécuter toutes les obligations du bailleur. Il doit non seulement subir le bail, mais également « *l'entretenir* »⁴⁹ (c'est-à-dire en respecter les contraintes).

Or, cet entretien du bail grevant l'immeuble peut représenter une charge très lourde pour l'acquéreur, selon les conditions du bail. Il y a donc un intérêt considérable à avertir les tiers que tel immeuble fait l'objet d'un bail.

Quels sont les tiers ainsi protégés ?

L'acquéreur du bien mais aussi, indirectement, tous les tiers étrangers au bail qui ont sur l'immeuble des droits concurrents. Ainsi, un créancier hypothécaire est protégé car la valeur en vente forcée de l'immeuble est moindre si l'immeuble est grevé d'un bail que

⁴⁹ Le mécanisme de l'article 1743 du Code civil a été décrit ainsi par la Cour de cassation (Cass., 16 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, 334): il y a cession de créance (celle du bailleur pour les loyers) par le bailleur vendeur à l'acquéreur de l'immeuble avec stipulation pour autrui au profit du preneur (maintien du bail). Le bailleur originaire demeure tenu car il n'y a pas cession de la dette du bailleur.

l'acquéreur devra respecter. De même, sont visés les créanciers chirographaires saisissant l'immeuble, en vue de faire procéder à la vente sur adjudication⁵⁰.

Si la durée du bail est normale, l'acquéreur ne subit pas un inconvénient trop important. Ce n'est qu'en cas de durée anormale que le préjudice peut être grave pour l'acquéreur, qui achèterait dans l'ignorance du bail.

Si le bail a plus de neuf ans, le législateur hypothécaire le considère comme étant d'une durée anormale.

Pareil bail doit être transcrit pour que sa durée soit opposable aux tiers⁵¹.

73. Est assimilé à un bail de plus de neuf ans, celui qui est conclu pour une durée indéterminée et qui ne peut être résilié que de la volonté du preneur. Il s'agit, en réalité, d'un bail à vie ; il est réductible, à défaut de transcription, à la période de neuf ans en cours⁵².

Cette réduction à la période de neuf ans en cours s'opère, conformément à ce qui est dit des baux de plus de neuf ans conclus par l'usufruitier, par l'article 595 du Code civil.

Le bail demeure valable entre parties. Cependant, vis-à-vis de l'acquéreur, le preneur n'a d'autre droit, quant à la durée du bail, que celui d'achever la période de neuf ans en cours au moment de la vente de l'immeuble, qu'il s'agisse d'une vente amiable ou d'une vente sur saisie-exécution.

74. Pour que le problème de la durée du bail se pose, il faut évidemment que l'existence du bail lui-même soit opposable à l'acquéreur.

Par conséquent, la question de la transcription du bail de plus de neuf ans ne se pose que pour des baux ayant acquis date certaine avant la vente. En d'autres termes, si le bail n'a pas date certaine avant la vente, il n'est tout simplement pas opposable à l'acquéreur qui peut expulser le preneur dès la vente (même s'il a eu connaissance du bail). La solution découle de ce que le système de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire repose sur celui de l'article 1743 du Code civil⁵³.

⁵⁰ Voyez en ce sens HERBECQ, note aux *Ann. Fac. Dr. Liège*, 1961, p. 83 ; Contra R.P.D.B., « V^o Hypothèques et privilèges immobiliers », n^o 200.

⁵¹ Gand, 15 mai 1997, *R.G.D.Civ.*, 1998, p. 38, note.

⁵² VERHEYDEN-JEANMART, « La loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer : champ d'application et durée du bail », *Coll. Patrimoine*, Bruylant, n^o 43-48.

⁵³ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1018.

75. Le bail peut évidemment contenir une clause réservant à l'acquéreur du bien la faculté d'expulsion⁵⁴. Même publié au registre de la conservation des hypothèques, le bail ne peut alors conférer au locataire le droit de s'opposer à une injonction donnée par le tiers acquéreur de libérer les lieux.

L'acte d'acquisition peut imposer, à l'inverse, à l'acquéreur le maintien du bail, même s'il est verbal et même s'il est d'une durée de plus de neuf ans. Dans ce cas, l'acquéreur ne peut évidemment opposer la non transcription éventuelle du bail.

76. La notion de bail doit être interprétée rigoureusement pour l'application de l'article 1^{er} alinéa 2 de la loi hypothécaire.

Ainsi, comme le rappelle l'arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 2000⁵⁵, les biens du domaine public étant affectés à l'usage de tous, sont hors commerce. Partant, nul ne peut acquérir sur eux un droit privé qui puisse faire obstacle à cet usage et porter atteinte au droit de la puissance publique de le régler et de le modifier en tout temps selon les besoins et l'intérêt de l'ensemble des citoyens. Dès lors, ces biens ne peuvent être donnés en location. C'est au demeurant ce que prévoit la loi du 30 avril 1951 sur les baux commerciaux elle-même, en énumérant, en son article 2, les baux qui, quoique rentrant dans les prévisions de l'article premier, sont exclus de son champ d'application, à savoir notamment les baux portant sur des immeubles ou parties d'immeubles exempts ou exonérés de l'impôt foncier par application de l'article 253-3^o du Code des impôts sur les revenus 1992. Aux termes de cette disposition, est exonéré du précompte immobilier le revenu cadastral des biens immobiliers qui ont le caractère de domaines nationaux, sont improductifs par eux-mêmes et sont affectés à un service public ou d'intérêt général.

77. Les baux contenant quittance de plus de trois ans de loyers doivent également être transcrits, quelle qu'en soit la durée.

En effet, un paiement de loyer anticipé fait au bailleur, qui vend ultérieurement son immeuble, diminue la valeur du bien. L'acquéreur a donc intérêt à en être averti.

La loi ne vise expressément que le bail contenant la quittance.

Que se passe-t-il si la quittance est donnée par acte séparé, c'est-à-dire si le bail ne la contient pas à proprement parler?

⁵⁴ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 758.

⁵⁵ Cass., 25 septembre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 848.

La doctrine majoritaire considère *contra legem* que la transcription doit être accomplie⁵⁶. En pratique, elle est effectivement admise à la transcription⁵⁷ et cette formalité en assure l'opposabilité.

La sanction du défaut de transcription du bail contenant quittance est l'inopposabilité de la quittance à l'acquéreur, ou au tiers prétendant à un droit sur l'immeuble lui permettant de percevoir les loyers.

Le preneur dont un tel bail n'aurait pas été transcrit devra payer deux fois. Il a ainsi intérêt à veiller à la transcription.

Le bail lui-même reste valable et opposable aux tiers dans les conditions de l'article 1743 du Code civil et de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire. La quittance reste valable entre parties. Le preneur n'a pas de recours de ce chef contre le propriétaire bailleur, sauf si celui-ci s'était contractuellement engagé à transcrire pour le preneur.

78. Paradoxalement, la cession de loyers n'est pas soumise à la transcription, alors qu'elle produit partiellement des effets semblables à la quittance.

La cession de loyers est une cession de créance rendue opposable aux tiers par la simple conclusion de la convention, et au preneur, débiteur cédé, par la notification ou la reconnaissance de la cession, conformément aux articles 1690 et suivants du Code civil. Dès lors, si la cession a eu lieu avant la vente, l'acquéreur de l'immeuble pourra se voir opposer la cession de loyer. Il aura dès lors acquis un immeuble dont il ne peut percevoir le revenu.

b. Les baux à ferme

79. Aux termes de l'article 55 de la loi sur le bail à ferme "*en cas d'aliénation du bien loué l'acquéreur est subrogé aux droits et obligations du bailleur*". Le bail à ferme n'est donc pas soumis au système de l'article 1743 du Code civil.

La doctrine décide que la subrogation que vise l'article 55 signifie en réalité qu'en cas d'aliénation du bien loué à ferme, il y a cession de dette légale⁵⁸.

⁵⁶ R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 206; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 481 et 792, et VII, 1022.

⁵⁷ LEDOUX, *Rev. Not.* 1982, p. 129; Voyez Gand, 16 novembre 1973, *R.W.*, 1974, 75, col. 618.

⁵⁸ CLOSON, n° 161; *Rép. Not.*, n° 188-189; SEVERS et TRAEST, n° 152.

L'acquéreur du bien loué à ferme devient ainsi titulaire de tous les droits et obligations du vendeur-bailleur primitif, qui est déchargé de ses obligations. En réalité, c'est le même lien d'obligation qui continue, l'acquéreur prenant véritablement la place du bailleur originaire-vendeur.

Par conséquent, cet acquéreur n'est pas un tiers par rapport au contrat de bail à ferme et, partant, l'obligation de transcrire celui-ci pour que la durée de ce bail lui soit opposable n'existe pas.

80. Cette solution a été consacrée par la Cour de cassation dans deux arrêts du 23 décembre 1977⁵⁹.

Ces arrêts constatent que l'article 55 de la loi sur les baux à ferme dispose que l'acquéreur du bien loué est subrogé au bailleur-vendeur et décident que cela signifie non seulement que par dérogation à l'article 1743 du Code civil, l'acquéreur doit respecter le bail à ferme même s'il n'a pas date certaine, mais aussi que la sanction de la réductibilité à la période de neuf ans en cours ne peut s'appliquer au bail à ferme non transcrit⁶⁰.

c. Les baux relatifs à la résidence principale du preneur

81. Aux termes de l'article 9 de la loi du 22 février 1991, *"Si le bail a date certaine antérieure à l'aliénation du bien loué, l'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux est subrogé aux droits et obligations du bailleur à la date de la passation de l'acte authentique, même si le bail réserve la faculté d'expulsion en cas d'aliénation. Il en va de même lorsque le bail n'a pas date certaine antérieure à l'aliénation, si le preneur occupe le bien loué depuis six mois au moins. Dans ce cas, l'acquéreur peut cependant mettre fin au bail à tout moment (...) moyennant un congé de trois mois notifié au preneur à peine de déchéance dans les trois mois qui suivent la passation de l'acte authentique constatant la mutation de la propriété"*.

Le bail de la résidence principale, s'il a plus de neuf ans, ne devrait donc pas être transcrit pour être opposable à l'acquéreur.

82. Est-il toutefois concevable qu'un tel bail ait plus de neuf ans ?

⁵⁹ Cass., 23 décembre 1977, *R.W.*, 1977-1978, col. 1993; *J.T.*, 1978, p. 559 avec les conclusions conformes de Monsieur le Procureur général Velu, alors avocat général.

⁶⁰ Commentaires: voir LEDOUX, *Rev. Not.*, 1982, p. 121 et « Examen de jurisprudence, Baux », *J.T.*, 1981, p. 594; Civ. Bruges, 8 juin 1977; *R.G.E.N.*, 1978, p. 300; Cass., 12 octobre 1979, *R.G.E.N.*, 1982, n° 2270; RCJB, 1992, p. 160 et la note MERCHIERS. Cass., 27 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, 1365; *Rev. Not.* 1982, p. 485; *Répertoire Notarial*, « V° Bail à ferme », VII, n° 24-193; *R.P.D.B.*, « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 193 et les références; HANSENNE, « Examen de jurisprudence, Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, n° 44, p. 342.

La loi dispose que tout bail visé de cette manière est réputé conclu pour une durée de neuf ans. Il en résulte que le problème ne se pose généralement pas.

Cependant, il se peut que le bail contienne quittance de plus de trois ans de loyers ou soit conclu par écrit pour une durée expressément fixée par les parties au-delà de neuf ans, ce que la loi autorise⁶¹. Malgré ces modalités, la subrogation peut s'opérer sans formalité, pourvu que les conditions de l'article 9 précité soient satisfaites.

C. Les actes visés par le Code judiciaire

§ 1. L'exploit de saisie immobilière conservatoire

83. Aux termes de l'article 1433 du Code judiciaire, « l'ordonnance autorisant une saisie conservatoire est réputée non avenue si, dans un délai d'un mois à compter de sa date, elle n'est suivie d'un exploit de saisie, dûment présenté à la transcription dans ledit délai au bureau des hypothèques de la situation des biens ».

84. Dans les cas où la saisie conservatoire peut être effectuée sans autorisation, la transcription est également requise pour assurer l'opposabilité de l'exploit aux tiers.

§ 2. Les actes d'exécution en matière immobilière

85. L'article 1565 du Code judiciaire impose la transcription du commandement préalable à saisie-exécution immobilière au registre de la conservation des hypothèques de la situation des biens.

86. En vertu des articles 1566 et 1567 du Code judiciaire, le commandement doit être suivi, dans un délai de quinze jours au moins à six mois au jour d'un exploit de saisie-exécution transcrit au même endroit. Le créancier ayant fait transcrire un commandement ou une saisie voit sa créance prise en compte lors de la répartition du produit de réalisation de l'immeuble⁶².

⁶¹ Voyez le § 7 de l'article 3 de la loi du 20 février 1991.

⁶² Voir notamment : Civ. Namur, 18 novembre 1996, R.N.B., 1997, 212.

SECTION 2 – TECHNIQUE DE LA TRANSCRIPTION

A. La forme des actes à transcrire

§ 1. Principe général

87. Seuls sont admis à la transcription les jugements, les actes authentiques, les actes sous seing privé et reconnus en justice ou devant notaire.

La règle est donc que seuls des actes authentiques (ou leurs équivalents) sont admis à la transcription⁶³.

Cette exigence de forme vaut aussi pour les procurations relatives à ces actes.

88. Pourquoi cette exigence de la forme authentique ?

Parce que transcrire consiste à copier l'acte et que, dans l'intérêt des tiers, il est souhaitable de disposer à cette fin d'actes techniquement bien rédigés dont la force probante soit particulièrement solide, conformément à l'article 1319 du Code civil, dans un souci de sécurité.

En effet, l'acte authentique fait pleine foi de toute la convention qu'il contient et de sa date. L'acte sous seing privé, quant à lui, ne fait foi que s'il est reconnu par celui auquel on l'oppose, ou légalement tenu pour reconnu, ainsi que l'impose l'article 1322 du Code civil.

89. Cependant cela ne signifie pas que les actes soumis à la transcription soient transformés en actes solennels : l'authenticité n'est pas une formalité conditionnant l'existence ou la validité de l'acte. Elle y est même tout à fait étrangère. Il ne s'agit que d'une question d'intensité de la preuve et d'une condition d'admissibilité à la transcription requise en vue de l'opposabilité de l'acte aux tiers⁶⁴.

§ 2. Les jugements

⁶³ Anvers, 19 avril 1989, Turnh. Rechtsl. 1989, p. 124.

⁶⁴ Comparer avec le contrat d'hypothèque (article 76 de la loi hypothécaire): l'hypothèque n'existe que si elle est consentie par acte notarié. Voir à ce sujet R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », ancienne édition, n° 248.

90. Les jugements visés à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, c'est-à-dire ceux qui tiennent lieu de convention ou de titre et non des jugements visés par l'article 3 de la loi hypothécaire statuant sur des demandes en anéantissement d'actes soumis à transcription, constituent des actes admissibles à la transcription.

91. L'article 1^{er} de la loi hypothécaire vise les jugements passés en force de chose jugée, tandis que l'article 2 de la loi hypothécaire se borne à renvoyer aux jugements, sans autre précision.

Il s'agit d'une inadvertance du législateur. Les jugements visés à l'article 2 de la loi hypothécaire sont les mêmes que ceux que vise l'article 1^{er} de la loi hypothécaire.

L'on se souviendra qu'il faut transcrire le jugement quand il a acquis force de chose jugée, si l'on veut rendre le titre opposable, mais que l'on peut transcrire le jugement avant qu'il n'atteigne ce statut, car la publicité ne vise que la force probante du jugement et non sa force exécutoire⁶⁵.

92. Qu'en est-il des sentences arbitrales ?

Il n'y a pas de raison de les exclure de la publicité : ce sont des jugements, comme l'impliquent les articles 1676 à 1723 du Code judiciaire.

Le problème est cependant de savoir à partir de quel moment la sentence arbitrale devient un jugement transcriptible. Il faut qu'elle ait été rendue exécutoire par l'exequatur. Selon l'article 1710 du Code judiciaire, la sentence ne peut faire l'objet d'une exécution forcée qu'après avoir été revêtue de la formule exécutoire par le Président du tribunal de première instance, sur requête présentée par la partie intéressée. Le but de l'exequatur est précisément d'en faire un acte authentique. C'est donc à partir de son obtention que la sentence peut être transcrite⁶⁶.

§ 3. Les actes authentiques visés par l'article 1317 du Code civil

93. Il s'agit des actes reçus par un officier public ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé et avec les solennités requises.

Quels sont les actes authentiques ?

⁶⁵ Cass., 11 février 1971, *Pas.*, I, 532 (Ex. Jur. Priv. et Hyp., Ledoux in *J.T.*, 1975, p. 306, n° 7).

⁶⁶ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1033.

a. Les actes notariés

94. Les notaires sont les fonctionnaires publics établis pour recevoir tous les actes et contrats auxquels les parties doivent ou veulent conférer le caractère d'authenticité attaché aux actes de l'autorité publique.

Le notariat est spécialement chargé de donner l'authenticité aux conventions des particuliers, par la voie d'une délégation spéciale reçue à cette fin de l'autorité publique⁶⁷.

95. Les notaires ont un monopole pour conférer l'authenticité aux actes des particuliers⁶⁸.

b. Les actes dressés par les fonctionnaires de l'ordre administratif

96. Divers actes dressés par les fonctionnaires de l'ordre administratif peuvent également constituer des actes authentiques. De nombreux textes légaux ou réglementaires accordent en effet à certains agents publics le pouvoir de dresser des actes authentiques.

Ainsi, en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, l'article 9 de la loi du 27 mai 1870⁶⁹ reconnaît au gouverneur de province et au bourgmestre le pouvoir de dresser en forme authentique les actes de cession à l'amiable.

De même, la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques prévoit également, en son article 10 §2, 1° que "*les entreprises publiques autonomes chargent le comité d'acquisition d'immeubles compétent de la passation des actes authentiques de transmission ; déclaration ou création d'un droit réel sur des immeubles*"⁷⁰.

Mais qu'en est-il lorsque la loi est muette ? Peut-on admettre l'existence d'un principe général de droit, dont les lois susmentionnées ne seraient que l'expression, en vertu

⁶⁷ Cass., 17 janvier 1901, *Pas.*, 1901, I, 106.

⁶⁸ R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 251.

⁶⁹ Loi du 27 mai 1870 portant simplification des formalités administratives en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique.

⁷⁰ Pour une liste détaillée des législations particulières autorisant des fonctionnaires publics à recevoir des actes authentiques, voyez J. DEMBLON, « Code notarial », *Rép. not.*, T. XI, Droit notarial, livre II, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 99 et suivantes. Voyez aussi la liste reprise dans les Codes Bruylant sous l'article 1^{er} de la loi du 25 ventose an XI contenant l'organisation du notariat.

duquel la seule présence à l'acte d'un agent de l'autorité publique lui conférerait un caractère authentique ?

Par un arrêt du 17 janvier 1901⁷¹, la Cour de cassation a résolu cette question par l'affirmative.

En l'espèce, l'Etat belge avait acheté à un particulier une parcelle de terre dans la région de Theux et l'acte avait été dressé par le receveur de l'enregistrement et des domaines à Spa. Le conservateur des hypothèques refusa de le transcrire parce que, selon lui, cet acte, à défaut d'être notarié, n'était pas revêtu de l'authenticité requise pour être admis à la transcription. Le juge de paix de Verviers se rallia à cette thèse ; mais, sur le pourvoi de l'Etat, ce jugement fut cassé.

La Cour considéra en effet que *"Le juge du fond se prévaut à tort de ce que, sauf disposition formelle, les notaires seuls ont le droit de recevoir les conventions auxquelles les parties veulent donner l'authenticité (...). La loi organique du 25 ventose an XI (dans sa version applicable à l'époque) n'a eu pour but ni pour effet d'enlever aux actes administratifs le caractère d'authenticité qui, selon les termes mêmes de l'article 1^{er} de cette loi, s'attache aux actes de l'autorité publique"*.

Les conclusions du ministère public sont elles aussi très explicites: *"Conçoit-on en effet l'autorité publique, assimilée aux simples particuliers, et astreinte à l'obligation qui leur incombe de faire appel à un notaire, c'est-à-dire à un de ses délégués, pour assurer l'authenticité à ses actes ? Les fleuves ne remontent pas vers leur source et la puissance publique se manifestant dans l'ordre supérieur de ses attributions par les hauts fonctionnaires qui en ont reçu le dépôt, n'a pas besoin du concours d'officiers publics d'un rang moins élevé dans l'Etat, pour donner, à l'instrument de sa volonté et à l'acte qui en constitue la manifestation écrite, une perfection qui ne lui fait pas défaut, car elle est un des attributs de son pouvoir souverain"*.

97. Les actes de l'autorité publique sont, par excellence, authentiques ; les actes notariés, par contre, ne le sont que parce qu'une loi spéciale attribue expressément, mais non exclusivement, aux notaires le pouvoir de leur conférer l'authenticité.

§ 4. Les actes sous seing privé reconnus en justice ou devant notaire

98. En principe, comme on l'a vu, un acte sous seing privé ne fait pleine foi de son contenu entre parties que s'il est reconnu par celui auquel on l'oppose.

⁷¹ Cass., 17 janvier 1901, PAS., 1901, I, 106 et les conclusions de Monsieur le premier avocat général VAN SCHOOR.

Cette reconnaissance peut être volontaire au sens des articles 1323 du Code civil et 885 et 886 du Code judiciaire, ou forcée au sens des articles 1324 du Code civil et 888 et suivants du Code judiciaire.

99. Qu'est-ce qu'un acte reconnu en justice au sens de la loi hypothécaire ?

Seule la reconnaissance forcée est visée par la loi hypothécaire, car elle seule implique une vérification contentieuse de l'écriture des parties et une intervention active du juge. Elle confère ainsi l'authenticité à la reconnaissance.

100. Qu'est-ce qu'un acte sous seing privé reconnu devant notaire ?

Il s'agit d'actes sous seing privé à l'origine, et qui demeurent tels mais qui ont fait l'objet de l'une des deux formalités de reconnaissance par l'intervention d'un notaire.

Cette reconnaissance peut se faire de deux manières :

- soit par le dépôt au rang des minutes du notaire⁷² avec réitération de la convention dans l'acte de dépôt : c'est l'acte sous seing privé refait dans un acte authentique,
- soit par le dépôt au rang des minutes, avec simple insertion dans l'acte de dépôt d'une reconnaissance de l'écriture de l'acte sous seing privé et de sa signature par les parties auxquelles l'acte pourra être opposé.

L'acte sous seing privé peut, dans ces conditions, être transcrit mais il doit être accompagné de la transcription de l'acte de dépôt contenant sa réitération ou attestant sa reconnaissance⁷³. Dans ce second cas, c'est la reconnaissance de l'écriture et de la signature devant notaire qui confère l'aptitude de l'acte sous seing privé à la transcription⁷⁴.

§ 5. Le cas particulier des procurations

101. L'article 2, alinéa 1, in fine, de la loi hypothécaire impose la transcription de la procuration qui établit le mandat et, dès lors, exige que la procuration soit dressée dans les formes des actes assujettis à la formalité de l'authenticité.

⁷² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1035. Le "dépôt au rang des minutes" signifie que le notaire reçoit l'acte en qualité d'officier ministériel. Cette expression ne vise pas tout dépôt fait chez un notaire.

⁷³ Bruxelles, 7 novembre 1888, *Rev. prat. not.* 1889, 559.

⁷⁴ GENIN, n° 247.

102. L'exigence d'authenticité pour la procuration se justifie parce que c'est la procuration qui contient le consentement du mandant et parce que les tiers ont intérêt à connaître l'existence d'un mandat pour identifier le bénéficiaire véritable de l'acte accompli par le mandataire. La vraie difficulté est de déterminer quand une procuration est relative à un acte à transcrire. Lorsqu'une société commerciale comparait à un acte assujetti à la transcription, elle désigne nécessairement une ou plusieurs personnes physiques pour agir en son nom⁷⁵.

L'acte de désignation de cette personne devra revêtir la forme authentique s'il apparaît que la société a conféré un mandat.

103. L'acte de désignation ne devra pas revêtir la forme authentique s'il apparaît que la personne désignée est l'organe de la société car dans ce cas, il n'y a pas de mandat. C'est la société elle-même qui comparait.

La question de savoir si l'acte de désignation doit ou non revêtir la forme authentique relève donc du droit des sociétés.

B. En quoi consiste la transcription ?

§ 1. Principe général

104. On transcrit l'expédition de l'acte notarié car le notaire ne peut se dessaisir de ses minutes ; il en va de même pour les jugements. C'est une expédition qui est délivrée par le greffe. L'administration peut également délivrer aux fins de la transcrire, une copie conforme et officielle de l'acte.

La transcription est une copie d'une expédition de l'acte. De cette manière, les tiers ont la possibilité de connaître l'existence de stipulations pouvant les concerner.

§ 2. Les actes complexes

105. Une convention constatant un acte soumis à la transcription peut faire partie d'une convention plus développée, relative à des actes étrangers à la formalité. Dans ce cas, en

⁷⁵ Voyez DONNAY, *R.G.E.N.*, 1975, n° 21949, p. 305 « La représentation des sociétés commerciales et des sociétés de personnes à responsabilité limitée dans les actes donnant lieu à la formalité hypothécaire ».

principe, seule la partie relative à la mutation immobilière doit être transcrite. Un acte composé peut donc être divisé en vue de la transcription ; seul ce qui concerne la mutation elle-même doit être copié en entier.

106. Ainsi, par exemple, dans une vente d'immeubles et de meubles pour des prix séparés, seule la mutation immobilière doit être transcrite ; en revanche, l'échange d'un immeuble contre des meubles est un acte indivisible, donc à transcrire en entier.

§ 3. Les annexes

107. L'acte peut être accompagné d'annexes, de plans, de cahiers des charges, de procurations, de ratifications, etc. La loi est muette quant au sort des annexes. La Cour de cassation a décidé en ce sens⁷⁶ : *"ce serait méconnaître le but de la formalité que de l'étendre à tous les actes qui, sans former un élément du titre translatif et sans en faire partie intégrante, ont été annexés à ce titre ou qui s'y rattachent à certains égards"*.

Il faudra donc distinguer chaque fois si l'annexe fait partie intégrante de l'acte ou non.

108. Font, par exemple, parties intégrantes du titre translatif, le cahier des charges d'une adjudication publique et les procurations.

En revanche, ne ferait pas partie intégrante de l'acte, le jugement autorisant la vente publique de biens appartenant à des mineurs.

§ 4. Les modifications, additions, rectifications

109. Elles doivent être transcrites en entier. Elles ne produisent d'effet qu'au jour de leur transcription.

110. Les rectifications ne peuvent se faire par mentions marginales. Elles doivent faire l'objet d'une transcription nouvelle ayant effet à sa date. Il en va ainsi de toutes les modifications ou rectifications, même si elles ne portent pas sur le principe de la mutation. Ainsi en va-t-il par exemple de la correction d'une erreur matérielle dans le nom de la partie ou dans la désignation des lieux.

§ 5. Le lieu de la transcription

⁷⁶ Cass., 1^{er} mai 1868, *Pas.*, 1869, I, 300.

I 11. La transcription doit se faire au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés.

I 12. Si l'acte a pour objet plusieurs immeubles situés dans plusieurs arrondissements, il y a lieu d'opérer une transcription pour chaque immeuble, dans le bureau qui le concerne.

I 13. Si l'immeuble est situé sur le territoire de deux arrondissements, il convient de transcrire aux deux bureaux.

§ 6. Le délai de la transcription

I 14. En principe, comme la transcription n'ajoute rien à l'acte quant aux effets entre parties, mais est uniquement une condition de son opposabilité aux tiers, aucun délai ne s'impose.

La loi peut dès lors s'en remettre à l'intérêt qu'ont les parties à rendre l'acte opposable aux tiers.

I 15. Cependant, la loi impose aux notaires, aux fonctionnaires de l'administration et aux administrateurs de biens d'autrui de veiller à la transcription et d'y faire procéder dans le délai de deux mois, sauf si l'acte a pour objet des immeubles situés dans plusieurs arrondissements auquel cas, le délai est de trois mois, comme le prévoit l'article 2 alinéas 2 et 3 de la loi hypothécaire.

§ 7. Les personnes autorisées à requérir la transcription

I 16. Le droit de requérir la transcription appartient à toute personne qui y a intérêt.

I 17. Il en va ainsi de l'acquéreur d'un immeuble, du bénéficiaire du droit réel transmis, du créancier hypothécaire des précédents, de ceux dont le privilège est conservé par la transcription : vendeur, donateur, copermutant, copartageant ou du prêteur, subrogé aux précités.

§ 8. Les personnes tenues de requérir la transcription

118. Les notaires et tous les officiers publics visés à l'article 2 alinéa 2 de la loi hypothécaire, c'est-à-dire tous ceux qui peuvent conférer l'authenticité à l'acte, sont obligés de faire transcrire l'acte qu'ils reçoivent et de surcroît, dans le délai légal. A défaut, ces personnes engagent leur responsabilité civile et disciplinaire.

119. Le conservateur ne peut cependant refuser une transcription tardive, ainsi que le prévoit l'article 130 de la loi hypothécaire.

120. Soulignons que, même si le notaire fait transcrire dans le délai légal, sa responsabilité peut être engagée s'il a fautivement tardé et qu'un dommage s'en est suivi.

121. On admet aussi l'existence d'un principe général : la transcription est un acte d'administration qui incombe donc à tous les administrateurs des biens d'autrui, tels les tuteurs et curateurs. Une omission de leur part serait de nature à entraîner leur responsabilité.

122. L'obligation de transcrire les jugements n'est pas imposée aux greffiers. Ce serait impossible, ils ne pourraient faire l'avance des frais. En outre, ils ignorent quand un jugement est coulé en force de chose jugée. Elle n'est pas davantage imposée à l'avocat, sauf s'il est à cet égard le mandataire spécial d'une partie. Ici encore, l'obligation de requérir la transcription d'un jugement relatif à la composition du patrimoine immobilier d'une personne dont ils gèrent les intérêts incombe aux administrateurs des biens d'autrui.

§ 9. Les frais de transcription

123. Conformément aux articles 91 alinéa 2 de la loi hypothécaire, les frais sont à charge de l'acquéreur ou de celui qui y est assimilé par analogie, tel le preneur en cas de bail de plus de neuf ans, sauf convention contraire.

124. En pratique, les frais sont avancés par celui qui requiert la transcription.

SECTION 3 – EFFETS DE LA PUBLICITE PAR TRANSCRIPTION ET SANCTION DE SON OMISSION

A. Les effets de la publicité entre parties

§ 1. Principe général

125. La publicité est indifférente à la validité ou à l'efficacité de l'acte entre parties⁷⁷, quel que soit l'acte soumis à transcription (vente, donation, partage, bail de plus de neuf ans, etc.).

Ces actes manifestent entre parties leurs pleins et entiers effets, qu'ils aient ou non fait l'objet de la publicité prévue par la loi hypothécaire. Ces actes non transcrits sont valables.

La transcription est une mesure de publicité, dont la loi fait une condition d'opposabilité de l'acte aux tiers, mais non une condition de validité de l'acte entre parties.

La publicité n'est pas constitutive de droits entre parties mais confortative de ces droits à l'égard des tiers⁷⁸. Si l'opposabilité ne peut être assurée en raison d'un comportement fautif du vendeur d'un immeuble, qui sciemment aurait disposé du même bien, plusieurs fois, alors l'acte ne pouvant produire son effet externe, donne naissance à un droit au paiement de dommages-intérêts sur le fondement de la garantie d'éviction, ainsi qu'à la mise en œuvre de toutes les causes de garanties conventionnelles⁷⁹.

§ 2. Conséquences

126. L'acte translatif non transcrit engendre dans le chef des parties les droits et obligations qu'il avait pour objet de faire naître⁸⁰.

Le défaut de transcription empêche seulement la partie de faire valoir son droit à l'égard des tiers que la publicité a pour but de protéger et auxquels la publicité est destinée. Par conséquent, il convient de distinguer la validité de l'acte de son opposabilité.

127. Ainsi, à côté de la propriété juridiquement effective née de l'effet translatif de la convention, il subsiste une propriété apparente vis-à-vis des tiers, celle qui résulte de la publicité.

128. Inversement, si la publicité n'est pas une condition de validité, elle ne peut rendre valable un acte qui ne l'est pas. Elle porte à la connaissance des tiers l'acte tel qu'il est, avec ses causes de nullité ou d'anéantissement éventuelles.

⁷⁷ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t ; VII, n° 1058.

⁷⁸ Cass. fr. civ., 10 mai 1949, *Rev. not.*, 1950, 197.

⁷⁹ Mons, 28 mai 2004, *J.T.*, 2005, p. 642, note RENSON.

⁸⁰ MARTOU, I, 63.

En d'autres mots, la publicité ne purge pas l'acte de ses vices.

B. Les effets de la publicité envers les tiers

§ 1. Principe général

129. La transcription rend l'acte opposable aux tiers, c'est-à-dire qu'elle oblige les tiers à reconnaître l'existence de l'acte et son effet externe, qu'elle fixe à leur égard la date de l'acte.

130. Cependant, la publicité n'a jamais pour effet d'imposer aux tiers le contenu de l'acte.

Ses effets internes leur demeurent étrangers ; ils ne peuvent bénéficier des droits qui en résultent et ne doivent en assumer les obligations. En cela, la loi hypothécaire ne déroge pas à l'article 1165 du Code civil.

§ 2. Sanction de l'omission de la publicité

- a. En ce qui concerne les actes translatifs, constitutifs, déclaratifs ou de renonciation à des droits réels immobiliers et les jugements

131. La sanction de l'omission de la transcription est l'inopposabilité de l'acte (de la mutation, translation, constitution, déclaration ou renonciation du droit réel) aux tiers.

Le fait même de l'existence de l'acte leur est inopposable.

Pour les tiers, quand de tels actes ne sont pas transcrits, ils n'existent pas. Les tiers peuvent se comporter comme s'il n'y avait pas d'acte. Cette sanction signifie que les effets externes de l'acte ne s'imposent pas à eux.

Cependant, la sanction se limite à cette inopposabilité. En d'autres termes, les tiers doivent se contenter d'écarter l'acte non publié, mais ils ne sont pas fondés à demander, en raison du défaut de publicité, la résolution ou l'annulation de l'acte⁸¹.

Ainsi, par exemple, un acte translatif, déclaratif ou constitutif de droits réels immobiliers ne peut être transcrit après la faillite du vendeur. Une transcription éventuellement faite dans ce cas serait inopposable à la masse⁸², mais non nulle.

Une vente antérieure demeurée sous seing privé ne peut être opposée à l'acquéreur subséquent du même bien qui a transcrit le premier⁸³.

Un partage demeuré verbal ne sera pas opposable à l'acquéreur subséquent d'une part indivise dans un immeuble placé, en vertu du partage verbal, dans le lot du cohéritier non vendeur. Le cohéritier non vendeur ne pourra opposer de droits indivis issus du partage à l'acquéreur (ignorant du partage verbal) avec lequel, en conséquence, un nouveau partage (peut-être moins favorable) devra avoir lieu.

Si le vendeur sous seing privé refuse de passer l'acte authentique de vente, l'acheteur devra le citer en passation d'acte. Même si l'action est introduite avant la faillite du vendeur et même si un jugement favorable à l'acheteur est prononcé avant cette faillite également, l'acheteur ne pourra faire transcrire le jugement qui lui tient lieu de titre, postérieurement à cette faillite survenue entre-temps⁸⁴. Le curateur sera toutefois autorisé à adapter le contrat de vente et à faire procéder à sa transcription, si cela correspond à l'intérêt de la masse.

b. En ce qui concerne les baux

132. La sanction du défaut de transcription des baux de plus de neuf ans n'est pas celle que le législateur a prévue pour les autres actes soumis à la transcription. Ce n'est pas l'inopposabilité du bail tout entier, mais la réduction de la durée de celui-ci, qui sanctionne le défaut de transcription.

⁸¹ Voyez HANSENNE, « Examen de jurisprudence, Les biens », 1990, n° 43, p. 339, visant le cas du curateur à la faillite d'un acheteur ayant acquis un bien par une vente non encore transcrite. Le curateur, qui serait dans ce cas un tiers protégé par la loi hypothécaire (voir *infra*), pourrait écarter la vente conclue par le failli comme non transcrite, afin de ne pas devoir en payer le prix, mais ne pourrait, sur la base de l'absence de transcription, agir en résolution contre le vendeur dans le but d'obtenir la restitution des acomptes.

⁸² Cass., 2 février 1961, *Pas.* 1961, I, 591 et la note; jurisprudence constante.

⁸³ Cass. fr., 13 mars 1975, *Sem. Jur.*, 1975, n° 17936.

⁸⁴ Gand, 10 mai 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 541.

La durée du bail non transcrit sera, vis-à-vis des tiers, réduite à la période de neuf ans en cours.

La période considérée est celle qui est en cours au moment où le conflit entre le preneur et le titulaire de droits concurrents sur l'immeuble survient, par exemple, en cas d'aliénation de l'immeuble⁸⁵.

L'application de cette sanction suppose que le bail lui-même soit opposable à l'acquéreur quant à son existence. Ainsi, selon le droit commun, le bail doit avoir date certaine avant la vente, conformément au prescrit de l'article 1743 du Code civil.

Si le bail n'a pas date certaine avant la vente, il est en tous cas inopposable à l'acquéreur de l'immeuble, principal tiers intéressé.

L'acquéreur pourra dès lors expulser le preneur dès son acquisition.

On distingue donc l'opposabilité de l'existence du bail et l'opposabilité de la durée du bail.

L'on se rappellera que les cas du bail à ferme et du bail de la résidence principale du preneur sont particuliers et connaissent un traitement, au plan de leur opposabilité, dérogeant au droit commun (voyez supra).

133. La réduction du bail contenant quittance anticipée à la période de neuf ans en cours, ne peut être la sanction prévue pour l'omission de la publicité de ce bail contrairement à ce que peut suggérer le texte de la loi, puisqu'un tel bail doit être transcrit quelle que soit sa durée et même si celle-ci est inférieure à neuf ans.

On se trouve en présence d'une inadvertance du législateur qui semble avoir perdu de vue la sanction à édicter en l'espèce⁸⁶.

Si l'on raisonne pour combler cette lacune de la loi, on aperçoit que la sanction adéquate ne peut être ni la nullité du bail, ni la nullité de la quittance, ni l'inopposabilité du bail pour le tout.

En effet, le but de la transcription est la protection des tiers. Or, ce dont il faut protéger les tiers, c'est de la quittance anticipée, qui seule, peut leur porter préjudice.

⁸⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.VII, 1064.

⁸⁶ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1690.

Dès lors, il faut considérer que la sanction du défaut de transcription, en l'occurrence, est l'inopposabilité de la quittance aux tiers⁸⁷ (principalement l'acquéreur de l'immeuble).

L'inopposabilité de la quittance aura pour conséquence que l'acquéreur du bien pourra exiger une nouvelle fois du locataire le loyer déjà payé au vendeur.

§ 3. Personnes admises à se prévaloir de la sanction

134. Comme on l'a vu, la publicité ne concerne que les tiers. Elle ne protège que les tiers.

Se pose dès lors la question de savoir quels sont les tiers protégés par la publicité. Quelles sont les personnes admises à écarter comme inexistant un acte non publié ?

135. Quatre conditions doivent être remplies pour qu'une personne soit admise à se prévaloir du défaut de publicité de l'acte.

Il faut (a.) être un tiers protégé, (b.) être de bonne foi, (c.) avoir soi-même un titre régulièrement rendu opposable et (d.) avoir un intérêt légitime à écarter l'acte non transcrit.

a. Première condition - Définition du tiers protégé

136. Deux sous-conditions doivent être satisfaites pour que le tiers soit un tiers protégé par la loi hypothécaire.

La personne voulant écarter l'acte non transcrit doit être étrangère à cet acte.

Cette personne doit être titulaire soit d'un droit réel sur le bien ou sur le droit faisant l'objet de l'acte, soit de droits personnels contre une partie à l'acte, mais mis en œuvre ou réalisés sur le bien ou sur le droit.

137. Sont étrangères à l'acte, les personnes n'ayant pas comparu à l'acte en qualité de parties, n'ayant pas été représentées à l'acte par un mandataire ou un autre représentant et n'étant pas ayants cause universels ou à titre universel d'une partie⁸⁸.

⁸⁷ LAURENT, XXIX, n° 202; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1066 et 1067.

⁸⁸ Cass. fr., 6 juillet 1976, *Sem. Jur.* 1978, n° 18.779.

138. Sont titulaires d'un droit réel, sur le bien, par exemple, le sous-acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux du bien immobilier concerné, le créancier hypothécaire, titulaire d'un droit réel accessoire sur le bien immobilier concerné, ou, le titulaire d'un droit réel quelconque, constitutif par exemple de ce que l'on appelle parfois un démembrement du droit de propriété (usufruit, emphytéose, superficie).

139. La notion de titulaire d'un droit personnel contre une partie à l'acte désigne n'importe quel créancier chirographaire de cette partie. Mais un créancier ne présentant que cette qualité n'est pas admis à se prévaloir du défaut de publicité d'un acte, et n'accède pas à cet égard à la qualité de tiers protégé par la loi hypothécaire. Pour conquérir le bénéfice de cette protection, le créancier doit avoir mis son droit personnel en œuvre sur le bien objet de l'acte.

Il faut, pour comprendre cette exigence, partir de l'idée que les créanciers chirographaires n'ont qu'un droit de gage général, indifférencié, sur le patrimoine du débiteur, sur l'universalité de ce patrimoine (articles 7 et 8 de la loi hypothécaire). Leurs droits, en cette qualité, ne portent pas sur un bien en particulier, distinct ou différencié.

Ces créanciers, suivent la foi du débiteur, ce qui veut dire que, sauf fraude, ils subissent les conséquences des aliénations consenties par le débiteur sur son propre patrimoine.

Par conséquent, aussi longtemps que les créanciers chirographaires restent dans cette situation ordinaire, ils sont liés par les actes de leur auteur, qui leur sont opposables. Ces créanciers ne peuvent entrer véritablement en conflit avec le cocontractant du débiteur, puisqu'ils n'ont pas de droit particulier sur le bien faisant l'objet d'un acte soumis à transcription et qui ne serait pas transcrit.

Cependant, la situation du créancier chirographaire change dès le moment où son droit de gage général se cristallise sur un bien. Quittant ainsi le stade indifférencié, son droit s'actualise sur un élément distinct, identifiable, du patrimoine du débiteur, à savoir, en ce qui concerne la question qui nous occupe, sur le bien objet de l'acte non transcrit.

A partir de ce moment, le débiteur ne peut plus disposer librement de ce bien à l'égard de ce créancier. Ce créancier, en réalité, n'est plus obligé de suivre la foi du débiteur. Il devient un tiers admis à se prévaloir du défaut de publicité d'un acte non transcrit, que l'une des parties à l'acte prétend lui opposer. Il peut donc écarter cet acte.

Le droit du créancier chirographaire ordinaire se cristallise sur le bien immobilier, objet de l'acte non transcrit, quand ce créancier veut ou doit recourir aux immeubles du débiteur pour obtenir paiement de sa créance.

Un tel recours se réalise au sein d'une situation de concours, soit par une saisie⁸⁹ de l'immeuble objet de l'acte (concours sur un bien déterminé et issu de la volonté individuelle du créancier saisissant) soit par la survenance d'un événement de nature collective et légale (faillite ou mise en liquidation de la société commerciale débitrice).

C'est la situation de concours qui produit la cristallisation des droits du créancier chirographaire et l'affrontement entre ce créancier et un autre titulaire de droits sur le bien immobilier, objet de l'acte non publié.

Les principales situations de concours sont la faillite, la mise en liquidation d'une société commerciale et le règlement collectif de dettes⁹⁰.

La cristallisation des droits du créancier chirographaire sur un bien déterminé du patrimoine du débiteur, ou sur tout ce patrimoine par la survenance d'une situation de concours, fait passer ces droits de la catégorie des droits personnels et relatifs, à la catégorie des droits réalisés, dotés d'une opposabilité "erga omnes" comparable à celle attachée aux droits réels.

Cela explique pourquoi le créancier chirographaire qui recourt aux immeubles du débiteur, dans la situation de concours que crée ce recours, devient un tiers admis à se prévaloir du défaut de transcription d'un acte soumis à cette formalité. Ce tiers, en effet, est devenu titulaire d'un droit opposable à tous, à l'instar du droit réel. C'est cette transformation qu'expriment les mots « *droit réalisé* »⁹¹.

Cette conception selon laquelle le créancier chirographaire qui devient un tiers au sens de la loi hypothécaire, s'il a mis son droit en œuvre, est le fruit d'une évolution remarquable de la jurisprudence de la Cour de cassation.

140. Pour la doctrine ancienne⁹², l'article 1^{er} de la loi hypothécaire ne réglait que les conflits relatifs à la transmission des droits réels. Cet article ne pouvait donc jamais être invoqué par des créanciers chirographaires qui n'ont qu'un droit personnel contre une partie à l'acte. La publicité des mutations de droits réels ne concernait pas de tels créanciers, parce que, pour invoquer le défaut de publicité, il faut un droit de même nature que celui du tiers auquel le créancier chirographaire veut s'opposer.

⁸⁹ VINCENT, « Chronique de jurisprudence - La publicité foncière et les sûretés réelles », *J.T.*, 1968, n° 77, p. 757.

⁹⁰ Il existe d'autres situations encore, notamment en cas d'ouverture d'une succession vacante ou acceptée sous bénéfice d'inventaire.

⁹¹ GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruylant, 1992.

⁹² MARTOU, I, n° 86.

La question a été soumise en 1856 à la Cour de cassation⁹³.

Selon le ministère public, *"le créancier chirographaire ne traite qu'en considération de la personne du débiteur (...). Il n'a pas de droit sur l'immeuble (...)"*.

Par l'arrêt précité, la Cour n'a pas suivi son procureur général et a précisé, notamment que:

"Le mot tiers visé à l'article 1^{er} s'applique à toutes personnes n'ayant pas été partie à l'acte non transcrit, sans distinguer si l'intérêt qu'elles ont à écarter l'acte procède d'un droit réel sur l'immeuble ou de toute autre cause légitime".

"Que la loi a voulu rendre certain et notoire au public l'état de la fortune immobilière de celui qui s'oblige".

"Le créancier qui sur la foi de cette situation se contente d'un engagement personnel, est protégé par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire s'il veut ensuite recourir aux immeubles du débiteur".

La Cour de cassation n'a pas modifié sa jurisprudence depuis. Elle n'a cessé, au contraire, de multiplier les situations où, à ses yeux, les créanciers chirographaires sont dans le cas de *"recourir aux immeubles du débiteur"*, et se trouvent dans une situation de concours, dont la Cour, par ailleurs, s'est, au fil du temps, attachée à préciser les contours.

Restons attentifs cependant au fait que le tiers qui s'est contenté d'assigner le débiteur en paiement de sa créance, avant la transcription de l'acte qu'il voudrait faire écarter à son égard (en l'occurrence pour fraude paulienne), n'a pas mis son droit en œuvre, au sens dégagé ci-dessus⁹⁴.

141. Illustrons les propos qui précèdent par quelques exemples en matière de bail.

Le preneur d'un bien immeuble faisant l'objet de l'acte translatif, constitutif ou déclaratif de droits réels immobiliers non transcrit, n'est pas davantage un tiers protégé par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire.

On rappellera l'article 1743 du Code civil qui, pour le bail de droit commun, dispose qu'en cas de vente d'un bien loué, l'acquéreur doit respecter le bail qui a date certaine avant la vente. La question s'est posée de savoir si, pour appliquer l'article 1743 du Code

⁹³ Cass., 8 mai 1856, *Pas.*, 1856, I, 260 avec l'avis contraire de Monsieur le Procureur général LECLERCQ.

⁹⁴ Cass. 3 mars 1956, *Pas.*, 1956, I, 783.

civil, il fallait tenir compte de la vente entre parties encore verbale ou constatée par acte sous seing privé ou de la vente déjà passée par acte authentique, ou encore de la vente transcrite.

En d'autres termes, pour le preneur, à quel moment a lieu la vente visée par l'article 1743 du Code civil ? Le jour de la conclusion du negotium ? Le jour de la passation de l'acte notarié ? Le jour de la transcription ?

La question a été vivement controversée.

Une partie de la doctrine appliquait strictement le droit commun : le preneur est un créancier chirographaire du bailleur; il est simple titulaire d'un droit personnel contre celui-ci; il n'est donc jamais titulaire d'un droit concurrent sur l'immeuble⁹⁵.

D'autres auteurs insistaient sur la connexité existant entre les droits du preneur et l'immeuble loué et considéraient que, tout en demeurant un créancier chirographaire titulaire de droits personnels contre le bailleur, le preneur avait un droit sur l'immeuble, un droit concurrent à celui de l'acquéreur, dérivant de l'article 1743 du Code civil qui lui donne la possibilité de demeurer dans l'immeuble si son bail a date certaine avant la vente, en manière telle qu'une vente clandestine (non publiée) ne pourrait lui être opposée. Cette opinion a été exprimée par Dabin⁹⁶.

La question a été soumise à la Cour de cassation⁹⁷.

Il s'agissait d'un cas d'expulsion du locataire par l'acquéreur de l'immeuble avant la transcription de l'acte de vente.

La décision précitée a résolu la controverse. L'arrêt décide en effet que la qualité de tiers au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, quand elle est reconnue aux titulaires de droits personnels, suppose que ceux-ci aient mis leur droit en œuvre sur le bien par une poursuite sur le bien.

Or, le preneur, qui n'est titulaire que de droits personnels, n'exerce pas une telle poursuite, même s'il a le droit de demeurer dans l'immeuble à charge du nouvel acquéreur.

⁹⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 765 ; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1075.

⁹⁶ DABIN, *Rev. Prat. not.*, 1944, p. 161.

⁹⁷ Cass., 8 avril 1957, *Pas.*, 1957, I, 970 et observations L.D.

L'arrêt du 8 avril 1957 a réalisé la paix judiciaire malgré les critiques du professeur Dabin⁹⁸.

La thèse défendue par Dabin, à l'époque, consistait à soutenir que, certes le preneur n'est titulaire que d'un droit personnel, mais qu'il s'agit d'un droit de nature spéciale, en raison du mécanisme de l'article 1743 du Code civil. Pour Dabin, serait un tiers, tout titulaire d'un droit réel ou personnel sur l'immeuble mis en œuvre par la simple jouissance du bien, légalement imposée à l'acquéreur.

Ces critiques n'ont pas ému la Cour de cassation, qui s'en est tenue depuis à l'enseignement de son arrêt de 1957⁹⁹.

La critique de Dabin procède d'ailleurs d'une analyse discutable de la nature des droits que fait naître l'article 1743 du Code civil au profit du preneur.

Cette disposition ne confère pas au preneur un droit direct sur l'immeuble. Elle aboutit à lui octroyer des droits personnels contre le nouvel acquéreur.

Le mécanisme de l'article 1743 du Code civil a été en effet analysé comme réalisant une cession de créance du vendeur bailleur originaire, à l'acquéreur (cession des créances nées du bail), et une stipulation pour autrui au profit du preneur (maintien du bail à son profit)¹⁰⁰.

En tout cas, quelle que soit l'analyse que l'on puisse faire du mécanisme de l'article 1743 du Code civil, le preneur qui en bénéficie ne jouit que de droits personnels qui ne sont pas, par le seul jeu de ce simple mécanisme, mis en œuvre sur le bien loué, objet d'un acte non transcrit.

Cependant, s'il est vrai que le preneur n'est pas un tiers protégé par la publicité foncière et ne peut invoquer le défaut de transcription de l'acte d'achat du nouvel acquéreur, on décide généralement qu'il est un tiers de droit commun et, comme tel, protégé par l'article 1328 du Code civil. La vente doit donc avoir, à tout le moins, date certaine à son égard, par exemple, par le biais d'un compromis de vente enregistré¹⁰¹.

⁹⁸ Voyez DABIN in *R.C.J.B.*, 1957, p. 98.

⁹⁹ Voyez Cass., 30 octobre 1958, *Pas.*, 1959, I, 216.

¹⁰⁰ Voyez Cass., 16 janvier 1953, *Pas.*, 1953, I, 334; il y a présomption légale de stipulation pour autrui: la loi présume que le vendeur a stipulé le maintien du bail au profit du preneur, voyez également Cass., 27 juin 1946, *Pas.*, I, 267, note R.H.

¹⁰¹ Voyez. P. Verviers, 27 avril 1979, *Jur. Liège*, 1978-1979, p. 439.

142. En ce qui concerne le régime particulier du bail à ferme, il découle de la jurisprudence de la Cour de cassation relative à l'interprétation de la notion de subrogation visée par l'article 55 de la loi sur le bail à ferme, que l'acquéreur du bien, qui prend la place juridique du bailleur initial - vendeur, n'est pas un tiers par rapport à ce bail. Il en résulte que l'article 1743 du Code civil ne s'applique pas, et que partant, l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (qui suppose une application préalable de l'article 1743 du Code civil, c'est-à-dire que l'existence du bail soit opposable, avant que ne se pose la question de l'opposabilité de sa durée, seule en cause dans l'article 1^{er} de la loi hypothécaire) ne s'applique pas davantage.

Par conséquent, le preneur rural n'est pas étranger à l'acte d'acquisition, et n'a donc nul besoin de la protection de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire.

Son bail oblige en totalité l'acquéreur, et il ne doit pas écarter une vente non transcrite, pour pouvoir faire valoir son droit à demeurer dans l'immeuble comme locataire.

143. En ce qui concerne le régime particulier de la loi du 20 février 1991 portant les règles particulières aux baux relatifs à la résidence principale du preneur, la loi en son article 9 organise la transmission du bien loué.

Elle écarte l'article 1743 du Code civil qui demeure applicable pour le droit commun.

Selon l'article 9, alinéa 1^{er} précité, si le bail a date certaine antérieure à l'aliénation du bien loué, l'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux est subrogé aux droits et obligations du bailleur à la date de la passation de l'acte authentique, même si le bail réserve la faculté d'expulsion en cas d'aliénation.

Le second alinéa poursuit en précisant qu'il en va de même lorsque le bail n'a pas date certaine antérieure à l'aliénation, si le preneur occupe le bien loué depuis six mois au moins.

Dans ce cas, l'acquéreur peut cependant mettre fin au bail à tout moment, moyennant un préavis de six mois, s'il a l'intention d'occuper le bien personnellement, de le reconstruire, le transformer ou le rénover ou moyennant le versement d'une indemnité.

144. En ce qui concerne le cas particulier du Trésor qui perçoit l'impôt sur les immeubles, ou d'une manière générale, celui de l'administration fiscale qui perçoit un impôt relatif à un immeuble, une question s'est posée aux cours et tribunaux dans la situation suivante.

Le propriétaire d'un terrain avait concédé un droit de superficie à un cocontractant, qui y avait érigé des constructions et était donc devenu propriétaire de celles-ci.

L'acte d'octroi de la superficie n'avait pas été transcrit.

L'administration fiscale a prétendu percevoir le précompte immobilier sur le tout, à charge du seul propriétaire du terrain.

Celui-ci a rétorqué qu'il ne pouvait être tenu de payer le précompte immobilier sur la partie construite dont il n'était pas propriétaire.

Le Trésor a plaidé que la convention de superficie non transcrite, ne lui était pas opposable en sa qualité de tiers à cette convention, et qu'il pouvait donc percevoir le précompte immobilier pour le tout à charge du seul propriétaire du terrain, présumé propriétaire des constructions en vertu de l'accession.

Les juges du fond saisis du litige avaient admis la thèse du Trésor. La Cour de cassation a rejeté le pourvoi critiquant cette décision.

La Cour suprême a semblé ainsi admettre que le Trésor soit un tiers autorisé à invoquer le défaut de transcription¹⁰².

La doctrine a vivement critiqué cette jurisprudence¹⁰³.

Le Trésor est certes un tiers par rapport aux actes des contribuables, mais est-il un tiers protégé par les règles de la publicité foncière?

Le Trésor qui établit la dette d'impôt ne prétend pas à un droit réel sur l'immeuble ou à un droit personnel mis en œuvre au sens de la loi hypothécaire.

Il ne peut donc se prévaloir du défaut de publicité de l'acte non transcrit.

145. Le cas de la commune poursuivant le recouvrement de certains impôts à charge d'une personne (impôts relatifs à des biens immobiliers) s'est également posé. Un débiteur faisait valoir qu'il ne pouvait être tenu que d'une partie de ces impôts, parce

¹⁰² Voyez Cass. 13 mai 1970, *Pas.*, 1970, I, 801 ; HANSENNE, « Examen de jurisprudence, Les biens », *R.C.J.B.*, 1977, n° 10, p. 95; même hypothèse tranchée dans le même sens par Brux., 3 mars 1971, *J.P.D.F.*, 1971, p. 158.

¹⁰³ Voyez A. BEERENBAUM: « Ex. jur. Droits réels », *J.T.*, 1974, n° 10, p. 2; HANSENNE, « Ex. Jur., Les biens », *R.C.J.B.*, 1977, n° 10, p. 96.

qu'il était en indivision avec d'autres, ce qui résultait de l'acte d'achat relatif à l'immeuble imposé.

Le tribunal donna raison au copropriétaire sur la base de la constatation que l'acte d'achat avait été transcrit et que la copropriété était donc opposable à la commune¹⁰⁴.

Cette motivation a été justement critiquée¹⁰⁵.

La commune poursuivant le recouvrement des impôts n'est pas un tiers au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire: la copropriété lui était donc opposable même sans transcription ; il n'était donc pas nécessaire d'attacher à cette formalité la solution du litige.

146. L'autorité expropriante, qui doit payer les indemnités d'expropriation, peut être étrangère à l'acte non transcrit sans pour autant devenir tiers au sens de la loi hypothécaire. Cet exemple constitue également une application du principe selon lequel la publicité est indifférente entre parties.

Le vendeur d'un immeuble par acte non transcrit prétend qu'il a seul droit aux indemnités parce qu'à défaut de transcription, il est demeuré propriétaire vis-à-vis des tiers, dont l'autorité expropriante.

Saisie de ce litige, la Cour de cassation a fait une juste application des principes, pour décider que l'autorité expropriante qui doit verser des indemnités n'est pas un tiers visé par la publicité foncière. Elle est tenue par l'acte sous seing privé, qui peut lui être opposé par l'acheteur¹⁰⁶.

b. Deuxième condition – Définition de la notion de bonne foi du tiers

147. L'article 1^{er} de la loi hypothécaire réserve le droit de se prévaloir du défaut de transcription au tiers ayant contracté sans fraude.

La fraude visée par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire n'est pas la fraude au sens où on l'entend en droit commun. La notion ne vise ni manœuvre, ni dol, ni intention de nuire.

¹⁰⁴ Civ. Brux., 18 septembre 1972, *Rev. Com.*, 1972, p. 262.

¹⁰⁵ HEURTERRE, *T.P.R.*, 1978, n° 16, p. 1158.

¹⁰⁶ Cass. fr. (3^{ème} ch. civ.), 10 mai 1977, *J.C.P.*, 1979, II, 19135, note Dagot; *Rev. tr. dr. civ.*, 1979, p. 629.

La fraude désignée à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire est la connaissance par le tiers de l'acte non transcrit¹⁰⁷.

Contracter sans fraude, signifie contracter sans connaissance de l'acte non transcrit, dans l'ignorance de celui-ci¹⁰⁸.

La bonne foi est donc l'ignorance de l'acte. Il en découle que seuls les tiers qui ignorent l'acte non transcrit peuvent se prévaloir du défaut de publicité de cet acte.

148. Pour que le tiers soit de mauvaise foi, il suffit qu'il ait connu le negotium de l'acte¹⁰⁹.

Il n'est pas nécessaire pour être de mauvaise foi, d'avoir reçu connaissance d'un instrumentum, d'un document quelconque relatif à l'acte.

Peu importe également la façon dont le tiers a appris l'existence de ce negotium.

Ainsi, par exemple, la connaissance d'une servitude apparente peut résulter de son apparence même.

Mais il faut que le tiers ait eu connaissance de ce que tel acte existait effectivement à propos de l'immeuble. Le fait d'avoir été informé de négociations entre les parties à l'acte non transcrit, de l'existence de prétentions de l'une d'elles à la propriété du bien, ou de différends entre parties, n'entraîne pas la connaissance du negotium¹¹⁰.

149. La notion de connaissance suscite de nombreuses difficultés d'applications pratiques¹¹¹.

Parmi celles-ci, relevons, en premier lieu, le cas de l'Etat ayant enregistré l'acte sous seing privé contenant l'acte non ultérieurement transcrit.

L'Etat qui a enregistré l'acte sous seing privé, ou un jugement tenant lieu de titre, est-il un tiers de bonne foi ou de mauvaise foi, quand il prétend inscrire son hypothèque légale sur l'immeuble faisant l'objet de l'acte non ultérieurement transcrit ?

¹⁰⁷ MARTOU, I, 67; Laurent, XXIX, 191; GENIN, p. 376, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1078.

¹⁰⁸ Cass., 21 janvier 1932, *Pas.*, I, 42; Liège, 8 février 1962, *Pas.*, 1963, II, 142.

¹⁰⁹ Cass., 19 mars 1965, *Pas.*, 1965, I, 761.

¹¹⁰ Cass., 3 mai 1956, *Pas.*, 1956, I, 928 et la note (1).

¹¹¹ Civ. Liège, 9 octobre 1979, *Jur. Liège*, 8 décembre 1979, p. 435; JP. Maaseik, 7 avril 1972, Heurterre, *T.P.R.*, 1978, n° 20, p. 1160; Cass. 9 octobre 1970, *Pas.*, 1971, I, 109.

En pareil cas, le Trésor peut-il, par exemple, inscrire son hypothèque légale à charge du titulaire originaire du bien ou du droit, objet de l'acte non transcrit, comme si l'acte n'existait pas?

Doit-on, au contraire, considérer, en raison du fait que l'Etat a enregistré l'acte sous seing privé, qu'il connaît l'acte non transcrit, et qu'il est de mauvaise foi, avec cette conséquence qu'il ne peut plus inscrire son hypothèque légale en se comportant comme si l'acte n'existait pas?

Selon la Cour d'appel de Liège¹¹², l'Etat est de mauvaise foi, car il a connaissance de l'acte non transcrit en vertu du principe de l'unicité de la personne de l'Etat.

Pour la Cour d'appel de Gand¹¹³, en revanche, l'Etat n'a pas connaissance de l'acte par l'enregistrement, car il y a séparation entre deux services : celui de l'enregistrement et celui des impôts sur le revenu. L'Etat est donc de bonne foi, malgré l'enregistrement.

Partant, il peut inscrire son hypothèque légale.

La Cour de cassation a statué en l'espèce dans deux arrêts¹¹⁴.

Elle a considéré que l'Etat pouvait inscrire son hypothèque légale mais en ne se prononçant pas sur la portée de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire.

La Cour a relevé qu'avant de passer l'acte authentique, le notaire doit légalement avertir le receveur de l'enregistrement, de l'acte projeté pour permettre à l'Etat d'inscrire son hypothèque légale sur le titulaire originaire.

Pour la Cour suprême, il résulte de ces dispositions qu'un acte d'aliénation non transcrit, fût-il enregistré, ne peut être opposé au Trésor, puisque celui-ci doit, précisément, pouvoir prendre l'inscription de son hypothèque légale sur le patrimoine du titulaire originaire, aussitôt qu'il est averti par le notaire de la passation imminente de l'acte authentique, et donc nécessairement avant la transcription. C'est pourquoi, selon la Cour de cassation, le Trésor peut prendre l'inscription de son hypothèque légale même s'il a eu connaissance de l'acte par l'enregistrement¹¹⁵.

¹¹² Liège, 5 novembre 1969, *Jur. Liège*, 1969-1970, p. 186.

¹¹³ Gand, 30 mai 1974, *Rev. Not.*, 1974, p. 275.

¹¹⁴ Cass., 11 février 1971, *Pas.*, 1971, I, 532; Cass., 25 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, 1038.

¹¹⁵ Voyez HEURTERRE, 1978, n° 21, p. 1161; LEDOUX, *Chron. J.T.*, 1981, n° 18, p. 316, 317.

150. En ce qui concerne la situation de la masse en cas de faillite¹¹⁶, on rappellera d'abord que l'acte non transcrit avant le jugement déclaratif de faillite, est, en principe, inopposable à la masse¹¹⁷.

Cependant, comment résoudre la question de la bonne ou de la mauvaise foi de la masse?

Faut-il que tous les créanciers ignorent l'acte non transcrit ?

Va-t-on dire que la masse est de mauvaise foi si un seul créancier a connaissance de l'acte ?

Va-t-on procéder à une ventilation parmi les créanciers connaissant ou ignorant l'acte?

On estime généralement¹¹⁸ que l'intérêt de la masse conduit à décider que la masse peut se prévaloir du défaut de transcription dès qu'un seul créancier ignore l'acte non transcrit, ce qui sera presque toujours le cas.

La bonne ou la mauvaise foi du curateur est indifférente, car il agit, au sujet de la question qui nous occupe, qualitate qua, pour le compte de la masse.

Par conséquent, le curateur pourra presque toujours invoquer la bonne foi de la masse¹¹⁹.

151. A quel moment faut-il se placer pour apprécier la question de la connaissance par le tiers de l'acte non transcrit ?

Le texte de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire indique que l'acte non transcrit est inopposable aux tiers ayant contracté sans fraude. La loi se place donc au moment où est né le droit du tiers que l'acte non publié met en péril¹²⁰.

¹¹⁶ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1079; HANSENNE, « Examen de jurisprudence, Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, n° 45, p. 342.

¹¹⁷ Cass., 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, 803 ; *R.G.E.N.*, 1986, p. 140 ; *J.T.*, 1983, p. 347 ; Comm. Gand, 27 octobre 1994, *T.G.R.*, 1995, p. 21.

¹¹⁸ DE PAGE, *Traité élémentaire de de droit civil belge*, t. VII, 1079.

¹¹⁹ GENIN, *R.P.D.B.*, « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 378; LEDOUX, *Chronique J.T.*, 1987, n° 13, p. 300; Ex. jur. HANSENNE, *R.C.J.B.*, 1990, n° 45, p. 342; Cass., 5 mars 1982, *J.T.*, 1983, 347; est dès lors illégal, l'arrêt qui, sans constater que la masse des créanciers a eu connaissance de la vente avant le jugement déclaratif de la faillite, décide que le curateur est tenu d'intervenir à la passation de l'acte notarié de la vente conclue sous seing privé par le failli avant la faillite et non encore transcrite lors du jugement déclaratif de celle-ci.

¹²⁰ Cass., 21 janvier 1932, *Pas.* 1932, I, 42; Brux., 12 décembre 1951, *R.G.E.N.*, 1954, 474.

La mauvaise foi survenant ultérieurement ne prive pas le tiers de la protection de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, de telle sorte que le tiers qui devient de mauvaise foi après avoir contracté, peut néanmoins transcrire son propre titre pour le rendre opposable, à tous et en particulier au titulaire de l'acte antérieurement conclu et non encore transcrit.

Ainsi, il a été décidé que la bonne foi du second acquéreur d'un immeuble doit être appréciée au moment où l'échange des consentements est parfait, sans qu'il faille avoir égard à la situation existant au moment où l'acte constatant cet échange est passé en forme écrite et se voit revêtir de sa date certaine¹²¹.

Le moment où est né le droit du tiers est donc le moment (1) où il a acquis, s'il s'agit d'un acquéreur; (2) de la constitution de son droit réel, s'il s'agit du titulaire d'un droit réel; (3) où le partage est conclu, et non au moment rétroactif où ses effets se produisent; (4) où le créancier chirographaire pratique une saisie du bien, objet de l'acte.

Le tiers ne commet pas de faute en procédant à la publicité de son propre titre, même si, à ce moment, il sait parfaitement bien qu'il existe un acte antérieur relatif au même bien et non transcrit.

152. Celui qui veut se prévaloir d'un acte non transcrit doit démontrer que l'acte est opposable, nonobstant le défaut de publicité, et établir par conséquent que le tiers avec lequel il est en conflit en avait connaissance au moment où il a acquis ses propres droits.

La bonne foi de celui-ci est présumée.

La preuve de la connaissance peut être fournie par toutes voies de droit. Il y va d'un fait laissé à l'appréciation souveraine du juge du fond.

153. Si le tiers connaissait l'acte non transcrit, il ne peut se prévaloir du défaut de transcription. L'acte lui est opposable, comme s'il avait été transcrit.

c. Troisième condition – La possession d'un titre opposable

154. La publicité de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire sert à régler des conflits de droits sur un immeuble, qu'il s'agisse de conflits de droits réels ou de conflits de droits personnels mis en œuvre ou réalisés.

¹²¹ Liège, 27 février 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1583.

Le titulaire de droits réels ne peut donc se prévaloir du défaut de publicité d'un acte, que s'il a lui-même rendu ses droits publics par l'accomplissement de la formalité de publicité requise en ce qui le concerne.

De même, le titulaire de droits personnels ne peut se prévaloir du défaut de publicité d'un acte que si les formalités inhérentes à la mise en œuvre de son droit ont été respectées.

155. Ainsi, dans le cas de la saisie-exécution immobilière, il faudra une transcription du commandement préalable à la saisie (article 1565 du Code judiciaire) et une transcription de l'exploit de saisie dans le mois de la transcription du commandement (articles 1567 à 1571 du Code judiciaire)¹²².

Pour la saisie conservatoire immobilière, il faudra une transcription de l'exploit de saisie.

En cas de faillite, le jugement déclaratif de faillite est opposable dès son prononcé à tous et est en outre soumis à une publication aux Annexes du Moniteur belge.

Pour la mise en liquidation d'une société commerciale, la décision de mise en liquidation est opposable dès la délibération, même elle doit aussi être publiée aux Annexes du Moniteur belge.

d. Quatrième condition – Portée de la notion d'intérêt légitime

156. Il ne suffit pas d'être un tiers protégé par la loi hypothécaire, au sens donné à ce terme par cette loi, ni d'être de bonne foi comme dit ci-dessus, ni même encore d'avoir publié son propre titre, pour pouvoir écarter un acte non transcrit et considérer celui-ci comme inexistant.

Encore faut-il avoir un intérêt légitime à voir le bien aliéné ou grevé maintenu, ou demeurer quitte et libre, dans le patrimoine de l'aliénateur¹²³.

157. La Cour de cassation a confirmé indirectement l'application de ce principe général, dans le cas d'un défaut de publicité par mention marginale (en l'espèce, défaut de

¹²² Voir notamment Gand, 21 décembre 1993, *R.G.D.C.*, 1994, p. 338 ; *R.W.*, 1994-1995, p. 824, note STORME ; Civ. Namur, 18 novembre 1996, *R.N.B.*, 1997, p. 212.

¹²³ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t.VII, n° 1077; Cass. 11 février 1915, *Pas.*, 1515-16, I, 183; Cass. 8 décembre 1921, *Pas.* 1922, I, 93. Cass. 21 janvier 1932, *Pas.* 1932, I, 42; GENIN, n° 364; *Vandervorst, R.P.N.*, 1928, p. 146; Mons, 23 mars 1977, *R.G.E.N.*, 1578, n° 22258.

mention en marge d'une subrogation visée à l'article 5 de la loi hypothécaire) et non par transcription.

Par son arrêt du 19 octobre 1978¹²⁴, elle a en effet rejeté comme irrecevable, le moyen invoqué par le curateur à la faillite du débiteur d'une créance hypothécaire inscrite à propos de laquelle un créancier inférieur en rang avait été légalement subrogé au créancier préférable qu'il avait désintéressé – subrogation non publiée alors que la loi l'impose en son article 5 de la loi hypothécaire. Le moyen était pris de ce que la masse avait un intérêt légitime à écarter la subrogation légale non inscrite, car l'admission de la créance ayant fait l'objet de la subrogation était de nature à diminuer le dividende à répartir entre les créanciers chirographaires. La Cour a déclaré ce moyen irrecevable pour le motif que l'intérêt légitime ainsi invoqué aurait impliqué la démonstration que si la créance hypothécaire ayant fait l'objet de la subrogation avait été écartée, sa non admission au passif privilégié aurait nécessairement profité à la masse, ce que l'arrêt attaqué ne permettait pas d'établir.

CHAPITRE III – PUBLICITE PAR MENTION MARGINALE DES ACTIONS ET DES DECISIONS VISEES PAR L'ARTICLE 3 DE LA LOI HYPOTHECAIRE

SECTION I – LES ACTIONS SOUMISES À LA MENTION MARGINALE EN VERTU DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI HYPOTHÉCAIRE

158. L'article 3 de la loi hypothécaire prévoit la mention en marge d'actes transcrits, des demandes en justice tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription, ainsi que celle des décisions rendues sur de telles demandes.

La mention a lieu en marge de la transcription du titre de l'acte soumis à la transcription dont l'annulation ou la révocation est demandée, ainsi, selon la jurisprudence¹²⁵, qu'en marge des transcriptions de tous les titres transcrits depuis l'acte attaqué, formant la chaîne des mutations postérieures.

¹²⁴ Cass., 19 octobre 1978, *R.G.E.N.*, 1980, n° 22537, p. 386; *Rev. Not.* 1980, p. 388; Voyez LEDOUX, *Chronique, J.T.*, 1981 n p. 319.

¹²⁵ citée par DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1055.

159. La loi vise une « *inscription* » en marge. Ce terme est source de confusion, parce que l'inscription, techniquement, est la publicité destinée à l'hypothèque et à certains privilèges immobiliers. L'on préférera l'expression de mention marginale.

160. L'on retiendra également que la mention marginale n'est pas la publicité destinée à corriger une erreur ou à rectifier une transcription mal faite.

L'erreur ou l'irrégularité d'une transcription se corrige par une nouvelle transcription valant à sa date.

A. Raison d'être

161. La règle se justifie par les considérations que

- la transcription n'est qu'une mesure de publicité rendant l'acte opposable aux tiers, tel quel ;
- la transcription ne touche en rien à la validité interne de l'acte ;
- la transcription ne purge pas l'acte transcrit des vices qui l'affecteraient: si l'acte est nul, résoluble ou rescindable, la transcription a pris l'acte pour ce qu'il vaut et a publié un acte vicié. Un acte régulièrement transcrit peut donc parfaitement être attaqué en justice.

162. L'intérêt des tiers, fondés à se fier à la transcription, est donc d'être avertis de ce qu'une action en justice menace l'existence de l'acte transcrit et de ce qu'il y a par conséquent danger à traiter avec le titulaire du droit contesté.

B. Portée de la règle quant à l'objet de la demande

163. Nonobstant l'apparente limitation de ses termes visant seulement les demandes tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation, la disposition de l'article 3 de la loi hypothécaire a une portée générale¹²⁶.

Ainsi, concerne-t-elle, par exemple, outre les demandes qui entrent dans le cadre strict des termes de la loi :

¹²⁶ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1088.

- l'action en résiliation ou en inopposabilité d'un bail transcrit,
- l'action en résolution fondée sur l'article 1184 du Code civil de tout acte translatif déclaratif ou constitutif d'un droit réel immobilier transcrit,
- l'action en rescision d'un partage¹²⁷,
- l'action en déchéance d'un usufruit,
- l'action en révocation d'une donation pour inexécution des charges¹²⁸,
- l'action en réduction d'une donation,
- l'action tendant à la suppression d'une servitude conventionnelle devenue inutile¹²⁹,
- d'une manière générale, toutes les actions tendant à un mode d'anéantissement d'un acte générateur de droits transcrits¹³⁰.

164. Il importe peu :

- qu'il s'agisse d'une nullité relative (pour incapacité, par exemple) ou d'une nullité absolue (pour contrariété à l'ordre public),
- qu'il s'agisse d'une cause de nullité ou de résolution opérant à la demande d'une partie ou de plein droit. Il faut considérer que la loi hypothécaire, quand elle vise les demandes tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation, vise le résultat (l'anéantissement) et non le procédé (constater ou prononcer l'événement)¹³¹.

Ainsi, faut-il mentionner, par exemple, les demandes tendant à faire constater une résolution de plein droit, fondée sur la mise en œuvre d'un pacte commissaire exprès.

165. La ligne directrice doit être déduite du but de la loi, tendant à assurer la sécurité des tiers.

¹²⁷ Cass. 21 novembre 1946, *Pas.*, 1947, I, 434.

¹²⁸ Civ. Anvers, 25 février 1988, *R.G.E.N.*, 1989, p. 408 ; *T. Not.*, 1988, p.201.

¹²⁹ Civ. Gand, 19 septembre 1986, *R. Dr.rural*, 1987, p. 47 ; Civ. Mons, 23 septembre 1988, *J.T.*, p. 968.

¹³⁰ Voyez E. THRIRY, « Les limites de la publicité hypothécaire par voie de mentions marginales », *R.G.E.N.*, 1952, p. 257 et suivantes, n° 19155; Gand, 5 avril 1973, *R.G.E.N.*, 1974, p. 283 et la note.

¹³¹ En ce sens, Gand, 3 mars 1930, *BJ.*, 348; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1088; LAURENT, *Cours de droit civil belge*, t. XXIX, n° 212.

De ce but, comme du texte même de l'article 3 de la loi hypothécaire d'ailleurs, découle aussi que la mention marginale n'est pas requise pour n'importe quelle action affectant un droit réel immobilier ou pour une action quelconque affectant n'importe quel droit résultant d'un acte soumis à transcription¹³².

Par exemple, ne doivent pas être mentionnées les actions suivantes :

- l'action en annulation d'un privilège immobilier ou d'une hypothèque¹³³,
- l'action en réduction du loyer d'un bail, fût-il même transcrit,
- l'action en annulation d'un prêt hypothécaire.

La demande en justice contenant acceptation d'une promesse de vente et tendant à la constatation judiciaire de la vente¹³⁴ :

- l'action tendant à la démolition d'un immeuble construit en violation d'une servitude non aedificandi, car il s'agit en réalité d'une action mettant en œuvre l'exercice du droit réel immobilier de servitude de non bâtir, et non l'anéantissement d'un tel droit,
- l'action tendant à l'annulation de droits qui procèdent d'un titre qui ne doit pas être transcrit (annulation d'un legs contenu dans un testament par exemple),
- l'action en exécution du contrat de vente de l'immeuble.

166. Comment traiter le cas où l'action ne vise pas les droits résultant de l'acte, mais l'acte lui-même, l'instrumentum ?

Selon De Page¹³⁵, une telle action ne doit pas être mentionnée, sauf si l'acte attaqué est un acte solennel car dans ce cas, l'inexistence de la forme entraîne l'inexistence de l'acte.

On observera cependant que l'annulation de l'instrumentum entraîne l'inefficacité des droits qui en découlent, mais de manière temporaire seulement, car, en principe, il suffit, en pareil cas, de refaire l'acte irrégulier en la forme et de transcrire l'acte refait (sous réserve d'éventuels obstacles de fait ou de droit survenus entre-temps).

¹³² DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1089.

¹³³ Comm. Courtrai, 12 octobre 1957, *R.W.*, 1958-1959, 50, obs.

¹³⁴ Gand, 12 mai 1948, *Rec. gén.* 1949, 131 ; Civ. Nivelles, 13 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1242, note HERINNE, *R.N.B.*, 191, p. 403, note LEDOUX ; *R.G.E.N.*, 1993, n° 24247.

¹³⁵ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1089.

C. De certaines actions particulières

167. En ce qui concerne l'action en réduction d'une donation excédant la quotité disponible, le problème naît de ce que la réduction n'est pas stricto sensu une annulation ou une révocation, ni même une véritable cause d'anéantissement de droits nés d'un acte transcrit.

Cependant, l'intérêt des tiers est évident : il leur est utile de savoir que l'immeuble donné à leur vendeur est menacé de sortir de son patrimoine pour entrer dans celui des héritiers réservataires. La doctrine et la jurisprudence admettent donc la mention en marge de l'acte de donation transcrit et des actes subséquents éventuels.

En effet, les articles 929 et suivants du Code civil anéantissent les actes accomplis par le donataire, dont la libéralité est réduite. Les immeubles recouverts par l'effet de la réduction le seront sans charge de dettes ou d'hypothèques créées par le donataire. Il est donc logique d'appliquer la formalité de la mention marginale aux actions en réduction de donation excédant la quotité disponible et cette solution est techniquement justifiée. Les donations excédant la quotité disponible sont en fait affectées d'une condition résolutoire tacite : l'action en réduction pourrait donc être assimilée à une action en résolution, et doit dès lors être mentionnée¹³⁶.

168. En ce qui concerne l'action paulienne¹³⁷, à savoir l'action par laquelle un créancier attaque un acte de son débiteur accompli en fraude de ses droits, c'est-à-dire un acte par lequel le débiteur s'appauvrit consciemment au détriment de son créancier. On a fait valoir, à l'encontre de la nécessité d'une mention, qu'elle tend à l'inopposabilité de l'acte seulement (et non à son anéantissement) et qu'elle est dirigée essentiellement contre le tiers bénéficiaire de l'acte, seule personne pouvant souffrir de l'inopposabilité..

Cependant, l'action paulienne a pour but d'obtenir la restitution du bien frauduleusement aliéné. En cas de succès, le créancier agissant pourrait faire vendre le bien à son profit, comme s'il n'avait jamais quitté le patrimoine du débiteur.

Dans cette mesure, on décide que l'action paulienne doit être mentionnée en marge de l'acte attaqué: il y a en effet intérêt à avertir les tiers, qui risquent de traiter avec le

¹³⁶ En ce sens, Brux., 12 mars 1926, *B.J.*, 271.

¹³⁷ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, n° 203; VAN OMMESLAGHE, « Ex. jur. Les obligations », *R.C.J.B.*, 1975, n° 110, p. 693.

bénéficiaire de l'acte attaqué, que les droits de celui-ci sur le bien sont menacés par l'action paulienne¹³⁸.

La mention marginale de l'action facilitera aussi l'action du créancier tentant de revendiquer le bien entre les mains d'un sous-acquéreur à titre onéreux, ou contre un éventuel titulaire de droits réels concédés sur le bien par le bénéficiaire de l'acte attaqué. Ceux-ci ne pourraient, en effet, selon les circonstances, prétendre avoir traité de bonne foi avec le bénéficiaire initial de l'acte, puisqu'ils auront traité en connaissance de la suspicion de fraude pesant sur l'acquisition de leur auteur, en vertu de la publicité de la mention marginale de l'action.

169. En ce qui concerne l'action en revendication, c'est-à-dire celle qui protège le droit de propriété, il faut distinguer deux types d'actions en fonction du mode d'acquisition de la propriété (mode originaire ou mode dérivé).

Parmi les modes originaires, on range : l'occupation, la prescription acquisitive trentenaire, l'accession immobilière.

La propriété conférée par un mode originaire octroie une propriété absolue qui, par le fait, s'impose à tous.

Les modes dérivés, ou par titre, contiennent la convention, la donation, la succession, l'adjudication, le partage.

La propriété ainsi acquise vaut ce qu'elle valait dans le chef de celui qui l'a transmise ; la portée des modes dérivés d'acquisition de la propriété est à la mesure de la validité des titres qui en opèrent la mutation.

Ainsi, il peut se faire que la convention par laquelle un vendeur a lui-même acheté soit déclaré nulle ou résolue, ce qui pose le problème de l'effectivité du droit de propriété de l'acquéreur tenant ses droits d'un tel vendeur.

Si l'action en revendication se fonde sur un mode originaire d'acquisition de la propriété (revendication fondée sur la prescription ou sur l'accession par exemple), l'action en revendication n'a pas à être mentionnée, parce qu'il ne s'agit pas d'une action tendant à l'anéantissement d'un titre ; le demandeur fait valoir un droit mais ne postule pas l'anéantissement d'un titre.

¹³⁸ Civ. Bruxelles, 10 septembre 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1543 ; Cass., 25 octobre 2001, *J.T.*, 2003, p. 858 ; l'action du créancier hypothécaire fondée sur l'article 45 de la loi hypothécaire, sorte d'action paulienne simplifiée (voir *infra*), doit également être mentionnée, voyez Gand, 5 avril 1973, *R.G.E.N.*, 1974, p. 283.

Si l'action en revendication se fonde sur un mode dérivé (revendication pour avoir acheté un bien qui a été vendu à quelqu'un d'autre; revendication en qualité d'héritier ou de légataire d'un bien cédé à autrui), il faut vérifier si les titres du demandeur en revendication sont préférables ou non aux titres du défendeur, c'est-à-dire, vérifier si l'acquisition du demandeur est valable et celle du défendeur, sans effet.

Ainsi, en ce qui concerne la nécessité d'une mention marginale, il faut distinguer parmi les titres qui sont en conflit, selon que:

- le défendeur à l'action en revendication oppose au demandeur un titre que ne lie pas ce dernier, qui ne lui est pas opposable (par exemple, un héritier revendique un immeuble vendu par un de ses cohéritiers qui n'avait pas le droit de disposer seul du bien) ; dans ce cas-là, le revendiquant n'attaque pas le titre puisque celui-ci lui est inopposable; c'est en vertu de son droit de propriété originaire qu'il agit ; la mention marginale n'est pas requise ; en une telle hypothèse, en effet, le demandeur ne doit pas démontrer que le titre de l'acquéreur est nul. Il lui suffit d'établir sa propre qualité d'héritier;
- le défendeur à l'action en revendication oppose au demandeur un titre qui est de nature à lier ce dernier, qui lui serait normalement opposable (par exemple, un héritier ou un légataire universel attaque une vente faite par son auteur parce qu'il la prétend nulle ou résolue). Dans ce cas, le demandeur attaque le titre pour aboutir à la revendication. On se trouve dès lors dans un cas où il faut une mention marginale.

D. Portée de la règle quant à la forme de la demande

170. Il faut qu'il s'agisse d'une demande en justice, mais peu importe sa forme procédurale.

La demande peut être principale, incidente, reconventionnelle, en intervention. Elle doit être mentionnée si elle tend au but indiqué ci-dessus.

171. La mention marginale de la demande étant faite, l'acte par lequel s'exerce un recours contre la décision intervenue sur cette demande (opposition, appel, pourvoi), ne doit pas être mentionné¹³⁹.

¹³⁹ Voyez pour un appel: Cass., 13 mars 1932, *Pas.* 112 et la note 3; voyez pour un pourvoi en cassation: Cass., 15 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, 246. Le pourvoi en cassation s'attaque à la décision rendue sur la demande et non à l'acte. Il ne doit donc pas être inscrit. Cette solution est critiquée par l'annotateur de l'arrêt, car elle conduit les tiers à déduire de l'inscription de la

SECTION 2 – LES DÉCISIONS SOUMISES À LA MENTION MARGINALE EN VERTU DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI HYPOTHÉCAIRE

172. L'utilité de la mention marginale des décisions sur les demandes visées à l'article 3 de la loi hypothécaire est :

- si la demande est accueillie, d'avertir les tiers de l'anéantissement du droit réel contesté,
- si la demande est rejetée, d'avertir les tiers de ce que le danger a cessé et de ce que, par conséquent, ils peuvent traiter avec le titulaire du droit selon l'acte transcrit.

173. Sont assujetties à la formalité, toutes les décisions quel que soit le degré de juridiction, tous jugements ou arrêts même d'accord, quel qu'en soit le dispositif, pourvu qu'ils concernent le fond de la demande, et non une mesure d'avant dire droit.

174. On retiendra que la décision doit être inscrite, même si la demande ne l'a pas été.

SECTION 3 – EFFETS DE LA MENTION EN MARGE D'ACTES TRANSCRITS ET SANCTION DE SON OMISSION

A. Entre les parties à l'action

§ 1. En ce qui concerne les demandes

175. L'article 3 de la loi hypothécaire prévoit qu'une demande tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription ne sera "*reçue dans les tribunaux*" qu'après avoir été inscrite en marge.

décision intervenue sur la demande une consolidation du titre, alors que cette décision est attaquée par le pourvoi et que le titre reste entaché de précarité. La solution de la Cour découle cependant du caractère non suspensif du pourvoi en cassation en matière civile.

On remarquera dès l'abord que cette sanction s'adresse aux parties et non pas seulement aux tiers, par la volonté expresse du législateur¹⁴⁰. En l'espèce, c'est le demandeur qui est sanctionné en cas d'absence de mention.

Quelle est la nature de cette sanction ?

Une jurisprudence ancienne a sanctionné l'omission de la formalité par la nullité de la procédure. Cette sévérité a été jugée excessive par la doctrine: la loi ne va pas jusque là¹⁴¹.

Plus récemment, on a considéré que la loi avait établi une fin de non recevoir. Cet enseignement méconnaît la notion procédurale de la fin de non recevoir, qui est un moyen de défense tendant à faire repousser l'action elle-même.

Or, le défendeur qui oppose le défaut de mention marginale ne fait pas repousser l'action : il se contente de soulever le défaut d'une formalité attachée, dans le cas particulier de l'article 3 de la loi hypothécaire, à la demande en justice.

C'est pourquoi l'on s'accorde aujourd'hui à considérer que le moyen pris du défaut de mention n'est qu'une fin de non procéder, c'est-à-dire un moyen tendant à retarder l'examen de l'action jusqu'au moment où la formalité aura été accomplie¹⁴².

Il résulte de ce qui précède qu'aussi longtemps que la formalité n'a pas été accomplie, le juge ne peut examiner la demande. La procédure est suspendue. Elle reprendra lorsque le demandeur justifiera de l'accomplissement de la formalité.

La règle est d'ordre public¹⁴³.

Le juge a en effet l'obligation de vérifier d'office si la demande a été inscrite, parce qu'en la matière, il exerce un rôle protecteur de l'intérêt des tiers. Cependant, si aucune contestation ne s'est élevée sur ce point, le juge n'a pas l'obligation de constater dans sa décision que la formalité a été remplie, ni qu'il a procédé à la vérification¹⁴⁴.

¹⁴⁰ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1107, réf. note (1).

¹⁴¹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1107.

¹⁴² GENIN, n° 526; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1107. Pour HANSENNE cependant, il s'agit d'une irrecevabilité; Voyez « Examen de jurisprudence, Les biens », *R.C.J.B.*, 1990, n° 77, p. 348.

¹⁴³ Cass., 13 mars 1884, *Pas.*, I, 82; Bruxelles, 22 décembre 1965, *Pas.*, 1967, VI, p. 1; LEDOUX, *Chronique « Publicité foncière, privilèges, sûretés réelles »*, *J.T.*, 1981 n° 13; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1107; GENIN, n° 527; Cass. 12 février 1971, *Pas.*, I, 536.

¹⁴⁴ Bruxelles, 25 novembre 1955, *J.T.*, 1956, 167; Gand, 25 avril 1949, *R.W.*, 1949-1950, 1361; Cass., 13 novembre 1981, *Pas.*, 1982, I, *R.W.* 1981-1982, col. 2678.

Par conséquent, le moyen pris de la violation de l'article 3 de la loi hypothécaire ne peut être invoqué pour la première fois devant la Cour de cassation, qu'à la condition qu'il résulte des constatations de la décision attaquée que la formalité n'a pas été remplie.

§ 2. En ce qui concerne les jugements

176. Si le jugement n'a pas été mentionné, la partie qui l'a obtenu ne pourra le mettre à exécution, le greffier étant tenu de refuser la délivrance de l'expédition de ce jugement. Ce jugement ne sera donc jamais exécutable, puisque, à défaut d'expédition, il ne pourra être signifié. Cette interdiction est faite au greffier sous peine de dommages-intérêts à l'égard des tiers¹⁴⁵.

B. A l'égard des tiers

§ 1. Principe général

177. L'article 4 de la loi hypothécaire énonce la sanction (celle de l'inopposabilité), de manière toutefois incomplète. Il convient, à cet égard, de distinguer le cas des tiers qui traitent postérieurement à l'inscription de la mention (ceux qui tiennent leur droit d'actes postérieurs à la mention) et le cas des tiers qui traitent antérieurement à l'inscription de la mention (ceux qui tiennent leurs droits d'actes antérieurs à la mention).

178. Le tiers traitant postérieurement à l'inscription de la mention¹⁴⁶ est averti par l'existence de celle-ci qu'il existe une action menaçant ses droits. Il traite en connaissance de cause ; il traite à ses risques et périls.

Si l'action, quelle qu'elle soit, réussit, les droits qu'il a acquis sont anéantis. L'aliénation ou toute acquisition d'un droit réel sur l'immeuble postérieures à la mention, sont inopposables au demandeur à l'action dûment mentionnée. Pareil tiers connaissait ce risque.

¹⁴⁵ Pour les conséquences pratiques d'un manquement à cette interdiction, voyez DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1109.

¹⁴⁶ Voyez DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1102.

Si l'action en anéantissement de droit résultant d'actes soumis à transcription échoue, le tiers ayant traité postérieurement à la mention voit ses droits consolidés, par l'échec de l'action. Le risque, qu'il connaissait, a cessé.

179. Pour le tiers ayant traité antérieurement à l'inscription deux situations sont à envisager : l'action non mentionnée est de celles qui opèrent avec effet rétroactif ou l'action non mentionnée est de celles qui opèrent sans effet rétroactif.

§ 2. L'action opérant avec effet rétroactif

180. Il s'agit de la plupart des actions que vise l'article 3 de la loi hypothécaire, notamment les actions en nullité, résolution, rescision, rapport en cas de succession, réduction de donation, révocation de donation, sauf pour cause d'ingratitude.

Par définition, les tiers traitant antérieurement à la mention, n'ont pu être protégés par celle-ci, puisqu'ils ont traité avant l'accomplissement de la formalité.

Or, par l'effet rétroactif de l'action, si elle réussit, leurs droits vont être néanmoins anéantis.

Le propriétaire ayant traité avec le tiers, et dépossédé par l'effet du succès de l'action, est censé n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble, objet du contrat anéanti. Par conséquent, tous les droits réels subséquents conférés sur cet immeuble sont également supprimés.

La publicité de l'article 3 de la loi hypothécaire est donc relativement inefficace dans de tels cas.

181. Cette publicité présente cependant un certain intérêt :

- éviter que la "*chaîne des mutations*" ne se perpétue, au détriment de tiers, futurs acquéreurs de droits sur l'immeuble,
- permettre aux créanciers des parties (créanciers chirographaires s'intéressant à l'existence de l'immeuble dans le patrimoine du débiteur par exemple) de savoir qu'une action est intentée, de façon à leur permettre d'intervenir éventuellement dans la procédure, et, le cas échéant, de veiller à ce qu'une action en anéantissement des droits de leur auteur ne se fasse pas en fraude de leurs propres droits, dans le but de faire échapper le bien au gage commun des créanciers,

- permettre l'application de l'article 28 de la loi hypothécaire¹⁴⁷, dans les cas seulement où il s'agit d'une action en résolution de la vente pour non paiement du prix, de l'action en reprise du bien échangé et de l'action en révocation de la donation avec charges pour inexécution des charges.

182. Ainsi, par exemple, si une action en résolution d'une vente d'immeuble pour non paiement du prix réussit et que la vente est résolue, l'hypothèque concédée par l'acheteur ou le sous acquéreur sur cet immeuble tombe.

Le créancier hypothécaire ne pouvait être prévenu de ce risque par la publicité de l'article 3 de la loi hypothécaire, puisqu'il a obtenu, dans l'hypothèse envisagée, son hypothèque avant l'inscription de la mention, voire même avant l'intentement de l'action.

Cependant, si, par la mention, ce créancier apprend qu'une action existe, cette information lui permettra :

- de proposer de désintéresser le demandeur à l'action pour arrêter celle-ci,
- au cas où l'action réussit, et où le créancier perd son hypothèque en conséquence, de bénéficier du mécanisme de la subrogation réelle visée à l'alinéa 4 de l'article 28 de la loi hypothécaire.

Ainsi, les sommes que le vendeur, le coéchangiste ou le donateur, demandeur à l'action en résolution devrait restituer à l'acheteur, le coéchangiste ou le donataire, par suite de la résolution, la reprise ou la révocation, sont affectées au paiement des créanciers visés à l'article 28 alinéa 4 de la loi hypothécaire. Cette situation n'est pas choquante vis-à-vis de l'acheteur (en principe créancier de ces sommes) puisque la résolution, la reprise ou la révocation a été provoquée, par hypothèse, par l'inexécution de l'obligation de payer le prix, la soulte ou la charge.

183. L'on retiendra que la perte de l'hypothèque par suite de la résolution, la reprise ou la révocation de l'acte originaire est un risque commun à toute hypothèque, que le créancier doit prendre en compte. Ce créancier connaît l'existence de ce risque par un mécanisme distinct de celui de l'article 3 de la loi hypothécaire, puisque l'action en résolution, en reprise ou en révocation n'existe, dans ses effets vis-à-vis des tiers, qu'à la double condition que le prix, la soulte ou la charge ne soit pas payé (ce qui doit apparaître à la lecture de la transcription de l'acte attaqué) et que le privilège immobilier du demandeur à l'action ait subsisté (article 28, alinéa 1 de la loi hypothécaire), ce qui résultera également de la consultation du registre de la conservation des hypothèques.

¹⁴⁷ Voir *infra*, chapitre consacré aux privilèges immobiliers.

§ 3. L'action opérant sans effet rétroactif

184. Ces actions sont rares. On cite en général, comme exemple, la révocation d'une donation pour cause d'ingratitude (article 958 du Code civil).

L'on y applique l'article 4 alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire: "*Les aliénations, les hypothèques et les charges réelles antérieures à la mention sont valables*" (c'est-à-dire opposables au demandeur à l'action).

Dans ce seul cas, la publicité de l'article 3 de la loi hypothécaire joue pleinement son rôle: le demandeur à l'action (non rétroactive) ne peut invoquer les conséquences d'une action non publiée, contre les tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble antérieurement à la mention marginale de ladite action.

Les droits de tels tiers, fussent-ils même acquis après l'intentement de l'action, mais avant la mention de celle-ci, ne sont pas atteints par l'action, dans la mesure où celle-ci n'a pas été publiée.

Publier l'action par la mention revient, dans ce cas, à rendre son résultat opposable, ce qui veut dire que si l'action du donateur en révocation pour cause d'ingratitude par exemple, réussit contre le donataire, le demandeur ne pourra reprendre l'immeuble entre les mains des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble avant l'inscription de la mention, car ces derniers n'ont pas été avertis, et sont donc protégés par l'absence de publicité.

185. L'article 4 alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire déclare "*valables*" (c'est-à-dire opposables) les aliénations consenties avant "*l'inscription*" (en réalité, il s'agit de la mention marginale) prévue à l'article 3 de la loi hypothécaire, et par conséquent, inopposables les aliénations consenties après cette "*inscription*" (sous-entendu dans le cas d'actions opérant sans effet rétroactif). La doctrine et la jurisprudence estiment généralement que c'est la mention de la "*demande*" qui est visée (sans que le texte le dise) par l'article 4 alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire. Les aliénations consenties avant la mention de la demande sont opposables (dans le cas d'actions sans effet rétroactif). Toutes les aliénations consenties après la mention de la demande sont en tout cas inopposables. Peu importe donc que le jugement ait été ou non mentionné, puisque la publicité, ou les effets de son absence, jouent à partir de la mention de la demande.

186. Les conséquences de l'absence de mention du jugement lui-même sont réglées par l'article 4 alinéa 2 de la loi hypothécaire.

Elles supposent que la demande n'ait pas été mentionnée (sinon la sanction joue à partir de cette mention). En pareil cas (donc si la demande n'a pas été mentionnée), l'action intentée n'a d'effet que du jour où le jugement lui-même est mentionné.

La règle exposée ci-dessus ne joue, on le rappelle, que pour les actions opérant sans effet rétroactif, puisque pour les autres actions, l'anéantissement des droits antérieurs a lieu en tous cas, par l'effet rétroactif de la demande concernée et de la décision prononcée sur cette demande.

§ 4. Tiers autorisés à se prévaloir du défaut de mention d'une demande ou d'un jugement

187. Pour pouvoir se prévaloir du défaut de publicité d'une action tendant à l'anéantissement de droits résultant d'actes soumis à transcription, il faut remplir les quatre conditions traditionnelles en la matière :

- (1) être un tiers étranger à l'acte attaqué et à l'action intentée, titulaire d'un droit réel ou d'un droit personnel mis en œuvre sur le bien, objet de l'action,
- (2) être de bonne foi, c'est-à-dire ne pas avoir connaissance de l'action,
- (3) avoir soi-même un titre régulièrement rendu opposable aux tiers,
- (4) avoir un intérêt légitime à écarter l'action¹⁴⁸.

SECTION 4 - TECHNIQUE DE LA MENTION MARGINALE DE L'ARTICLE 3 DE LA LOI HYPOTHÉCAIRE

A. Principe général

188. L'article 3 de la loi hypothécaire impose que la demande soit inscrite en marge non seulement de la transcription du texte initial, mais également de la transcription du dernier titre transcrit.

¹⁴⁸ Voyez Cass., 19 octobre 1978, R.G.E.N., 1980, n° 22.537 déjà cité.

189. La doctrine et la jurisprudence ont considéré que cette prescription légale vise tous les titres successifs à partir du titre attaqué¹⁴⁹.

B. Cas particuliers de l'anéantissement de droits résultant d'actes non transcrits

190. Que se passe-t-il si les droits dont l'anéantissement est demandé, résultent d'actes n'ayant pas été transcrits ?

Ainsi, peut être attaquée une vente conclue par acte notarié alors que, par négligence ou erreur, cet acte n'a pas été transcrit.

De même, peut être attaquée une vente verbale, ou une vente sous seing privé.

Faut-il mentionner cette demande ou est-il simplement possible de la mentionner ? Dans l'affirmative, en quel endroit ?

Deux réponses ont été apportées à cette question.

La première consiste à constater qu'en l'absence de transcription, la mention marginale est tout simplement impossible. Il ne faut donc pas la faire¹⁵⁰.

La seconde fait observer que l'article 3 de la loi hypothécaire prévoit la mention en marge des demandes, lorsqu'elles visent l'anéantissement de droits issus non d'actes "transcrits", mais d'actes "soumis" à transcription¹⁵¹.

Si la transcription n'a pas eu lieu, ce n'est pas une raison pour décider que la mention n'est pas requise, dès lors que l'on se trouve en présence de droits nés d'un acte "soumis" à transcription (de la catégorie de ceux que l'on transcrit).

Cependant, qu'est-ce qu'un acte "soumis" à la transcription ?

Faut-il qu'il s'agisse d'une mutation déjà constatée par acte authentique mais non encore transcrite, puisqu'en vertu de l'article 2 de la loi hypothécaire, seuls sont admis à la transcription les actes authentiques¹⁵² ?

¹⁴⁹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, 1099; GENIN, n° 496.

¹⁵⁰ LAURENT, XXIX, n° 219; Gand, 9 juillet 1927, *Rev. Not.*, 1928, p. 396.

¹⁵¹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1100.

¹⁵² Opinion de GENIN, n° 515.

Dans cette perspective, on ne devrait pas faire mention de la demande attaquant une vente verbale ou sous seing privé, par exemple.

Faut-il comprendre que sont soumis à la transcription tous les *negotia* contenant translation, déclaration ou constitution de droits réels immobiliers, même verbaux ou sous seing privé¹⁵³ ?

Dans ce cas, la mention ne pourra jamais se faire en marge, à défaut d'acte transcrit constituant le document principal.

Elle devra dès lors être effectuée dans le corps même du registre des transcriptions, moyennant réquisition écrite et spéciale au conservateur des hypothèques¹⁵⁴.

191. Un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1971¹⁵⁵ a-t-il tranché la question ?

Examinons-en la portée.

Cet arrêt relève:

- d'une part que la vente litigieuse est sous seing privé, et qu'il ressort de l'article 2 de la loi hypothécaire que les actes sous seing privé ne sont pas admis à la transcription; l'arrêt ne tire toutefois aucune conséquence de cette constatation,
- mais d'autre part que le moyen de nullité de la vente opposé à la demande principale en passation d'acte authentique est un pur moyen de défense et non une action et que partant il n'y avait pas lieu à mention.

L'arrêt est donc ambigu¹⁵⁶.

Il est en effet difficile de déterminer si la Cour a décidé qu'il ne fallait pas faire de mention parce que l'acte litigieux était un acte sous seing privé¹⁵⁷ ou parce que la nullité

¹⁵³ Opinion DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1100; Vincent, *J.T.*, 1968, p. 431, n° 31 et les références.

¹⁵⁴ Voyez circulaire ministérielle du 23 janvier 1852; Cass., 13 mars 1884, *Pas.*, 1884, I, 82.

¹⁵⁵ Cass., 12 février 1971, *Pas.*, 1971, I, 536.

¹⁵⁶ La doctrine tend à admettre que l'arrêt de 1971 doit être interprété comme s'il avait tranché en décidant que la mention ne doit pas être faite si l'acte attaqué n'a pas été transcrit.

¹⁵⁷ Voyez pour un cas d'application: Civ. Nivelles, 13 décembre 1988, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1242 et la note HERINNE. Il s'agissait d'une demande en annulation d'une vente sous seing privé. Le jugement décide que la mention marginale ne devait pas être faite parce que l'acte attaqué était sous seing privé, et qu'il n'était donc pas admis à la transcription.

de cet acte était opposée comme un moyen de défense et ne faisait pas l'objet d'une demande en justice.

192. Par un arrêt du 6 septembre 1991¹⁵⁸, la Cour de cassation a plus clairement tranché la controverse en excluant la publicité lorsque l'acte visé par l'action n'a pas été transcrit. Le passage essentiel de la motivation de l'arrêt énonce : « *qu'il ressort de la volonté du législateur de protéger les tiers qui pourraient être induits en erreur par une transcription ; que l'obligation d'inscription (en l'occurrence de « mention marginale ») ne vaut que dans la mesure où les actes visés par cet article ont été effectivement transcrits ou étaient susceptibles de l'être* ».

C. Formalités

193. Les formalités à remplir pour obtenir la mention marginale visée par l'article 3 de la loi hypothécaire sont décrites à l'article 84 de la loi hypothécaire.

En ce qui concerne les demandes en justice, il convient de présenter au conservateur deux extraits sur timbre de la demande contenant notamment l'indication du nom des parties, la situation de l'immeuble et le tribunal saisi. Il ne faut pas indiquer les moyens de la demande.

En ce qui concerne les jugements, il convient également de présenter au conservateur deux extraits sur timbre contenant notamment l'indication du nom des parties, le dispositif de la décision et la désignation du tribunal qui a statué.

Aucun délai de rigueur n'est imposé.

La partie demanderesse, cependant, a intérêt à faire procéder à la mention le plus rapidement possible car, à défaut, toutes les aliénations consenties ou les charges créées depuis l'intentement de l'action jusqu'à la mention seraient opposables au demandeur, dans la mesure toutefois seulement où il s'agit d'actions n'ayant pas d'effet rétroactif. On se rappellera que dans le cas où l'action opère avec effet rétroactif, les acquéreurs de droits réels immobiliers sur le bien objet de l'action, antérieurs à la mention, ne sont pas efficacement protégés.

Il convient en outre de distinguer le délai parfois imparti par la loi pour intenter l'action (dans le cas de l'action en rescision pour lésion, par exemple), du délai dans lequel la mention marginale de celle-ci a été opérée.

¹⁵⁸ J.T., 1992, p. 311.

CHAPITRE V – PUBLICITE PAR MENTION MARGINALE DES ACTES VISES PAR L'ARTICLE 5 DE LA LOI HYPOTHECAIRE

SECTION I – LE RÉGIME DE DROIT COMMUN DE LA LOI HYPOTHÉCAIRE

A. Généralités

194. La formalité visée par l'article 5 de la loi hypothécaire est celle d'une mention faite en marge de l'inscription d'un acte (et non en marge de la transcription d'un acte comme dans le cas de l'article 3 de la loi hypothécaire).

195. Elle concerne :

- la cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite et la subrogation dans pareille créance (article 5, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire),
- la cession de rang hypothécaire et la dation en gage d'une créance hypothécaire ou privilégiée inscrite (article 5, alinéa 2 de la loi hypothécaire).

B. Les actes visés par l'article 5 de la loi hypothécaire

§ 1. La cession et la subrogation relatives à une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite (article 5, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire)

196. La raison d'être de la nécessité d'organiser une publicité relative aux opérations sur les créances précitées est la suivante.

L'hypothèque est un droit réel immobilier. Le privilège sur un immeuble peut être assimilé à ce type de droit.

Il s'agit cependant, dans les deux cas, de droits accessoires, destinés à assurer le paiement d'une créance principale.

Or, la cession d'une créance emporte la cession de ses accessoires (caution, privilèges, hypothèques) en vertu de l'article 1692 du Code civil¹⁵⁹.

La subrogation visée par l'article 5, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire se caractérise par le fait qu'une personne prend la place d'une autre personne dans un rapport juridique. Elle s'y substitue, et en particulier en l'espèce, elle se substitue au créancier titulaire du privilège immobilier ou de l'hypothèque.

La subrogation fait ainsi passer dans le patrimoine du subrogé la créance du subrogeant avec tous ses accessoires en ce compris donc, le privilège ou l'hypothèque susdits.

Par conséquent, la cession d'une créance ou la subrogation dans une créance garantie par un privilège immobilier ou une hypothèque, entraînent une transmission de droits réels immobiliers accessoires. Il était donc logique de prévoir que cette transmission soit publiée.

197. La loi soumet à la formalité toutes les créances hypothécaires, puisque toutes les hypothèques sont sujettes à l'inscription.

Sont également soumises à la formalité les créances privilégiées sur immeuble, donnant lieu à inscription.

Sont dès lors exclues de la formalité les créances privilégiées sur immeuble dont l'inscription n'est pas requise (exemple: le privilège des frais de justice en matière civile et commerciale quand il grève un immeuble, ou le privilège de l'assureur sur l'immeuble assuré).

En revanche, quoique conservé par la transcription, le privilège du vendeur impayé (copermutant, donateur, copartageant) d'immeuble, soumis en outre à inscription d'office (articles 29 à 40 de la loi hypothécaire), donne lieu à mention marginale, quand s'accomplit une cession ou une subrogation dans la créance du titulaire de ce privilège.

198. L'article 5 de la loi hypothécaire vise en son alinéa 1^{er},

- la cession de créance proprement dite, quelle qu'en soit la forme (vente, donation, dation en paiement)¹⁶⁰,

¹⁵⁹ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, n° 513.

¹⁶⁰ Une jurisprudence et une doctrine unanimes décident que la mention marginale de l'article 5 de la loi hypothécaire ne doit avoir lieu que quand il s'agit d'une cession de droit commun (ou de tout acte faisant passer la créance d'un patrimoine à l'autre), mais qui serait assimilable à une telle cession, soumise à l'article 1690 du Code civil. La cession qui s'opère dans le cadre d'une autre

- la subrogation, qu'elle soit conventionnelle ou légale.

Pour la subrogation conventionnelle, aucun doute n'est, en effet, possible. Il s'agit incontestablement d'une transmission volontaire de créance. Dans ce cas, il y a un acte de subrogation qui peut faire l'objet de la mention¹⁶¹,

Pour la subrogation légale, une controverse était née. Laurent¹⁶² a soutenu que la mention n'était pas nécessaire, au motif que la transmission serait l'effet de la loi et non d'un acte, et que le principe général de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (assujettissement à la formalité des actes volontaires et non des mutations légales) s'y opposerait.

Cette conception est actuellement rejetée parce que le texte de l'article 5, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire ne fait pas la distinction entre subrogation conventionnelle et subrogation légale¹⁶³.

Par son arrêt du 19 octobre 1978 déjà cité, la Cour de cassation a confirmé que la publicité par mention marginale, visée par l'article 5, alinéa 1^{er} de la loi hypothécaire s'appliquait également à la subrogation légale dans une créance désignée par cet article¹⁶⁴.

C'est par ce même arrêt que la Cour de cassation a eu l'occasion de réaffirmer et d'appliquer le principe selon lequel seul le tiers jouissant d'un intérêt légitime à écarter l'acte non mentionné pouvait se prévaloir du défaut de publicité de cet acte.

Elle a appliqué ce principe au cas du curateur à la faillite du débiteur ayant grevé son immeuble d'une hypothèque au profit d'un créancier hypothécaire premier en rang, qui avait été ensuite désintéressé par un créancier hypothécaire second en rang, subrogé de la sorte dans les droits hypothécaires du premier créancier, sans avoir cependant fait mention de cette subrogation.

institution échapperait ainsi à celle de l'article 5 de la loi hypothécaire. Voyez Gand 2 décembre 1978, *B.R.H.*, 1978, 410, note GALAUDE, cité par DIRIX et DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 1989, n° 115, p. 56 qui se réfèrent à cet égard à l'hypothèse de la cession d'une créance hypothécaire incorporée dans un titre négociable, à ordre ou au porteur.

¹⁶¹ Bruxelles, 24 mai 1939, *Pas.*, II, 74.

¹⁶² LAURENT, XXIX, n° 236.

¹⁶³ DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1123; Cass., 19 mai 1952, *Pas.*, I, 310; Cass., 19 octobre 1978, *R.G.E.N.*, 1980, n° 22537; Ledoux, *Chronique*, *J.T.*, 1981, 319. On mentionnera, d'ailleurs, la possibilité d'établir une quittance notariée du paiement, d'où découle la preuve de la subrogation légale.

¹⁶⁴ On a visé cet arrêt à propos de la condition d'intérêt légitime dans le chef du tiers protégé par les articles 1^{er} à 5 de la loi hypothécaire (voir supra).

En pareil cas, on décidait généralement que le premier créancier désintéressé avait perdu sa garantie transférée au second créancier, et que le second créancier, qui n'avait pas mentionné, se trouvait, de ce chef, privé du droit d'opposer l'hypothèque ainsi acquise, à la masse de la faillite du débiteur.

Celle-ci retrouvait donc le bien quitte et libre (thèse du curateur) et jouissait, dès lors d'un intérêt légitime à opposer le défaut de publicité.

L'arrêt du 19 octobre 1978 décide en revanche que si la subrogation n'a pas été mentionnée, le premier créancier inscrit pourra se comporter vis-à-vis des tiers (dont la masse) comme le seul véritable titulaire de l'hypothèque, et que partant, le curateur n'a pas, en pareil cas, d'intérêt légitime à écarter la subrogation non mentionnée, puisqu'en effet, si celle-ci avait été mentionnée, c'est le second créancier qui aurait été en mesure d'opposer l'hypothèque au curateur.

On a fait remarquer que pareil raisonnement vidait l'article 5 de la loi hypothécaire de sa substance¹⁶⁵.

§ 2. La cession de rang hypothécaire et la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite (article 5 alinéa 2 de la loi hypothécaire)

199. L'article 5 de la loi hypothécaire vise, en son alinéa 2, la cession de rang hypothécaire, et la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite.

Après la mise en vigueur de la loi hypothécaire, une controverse était née sur le point de savoir si ces actes devaient également faire l'objet d'une mention marginale. La loi du 10 décembre 1913, modifiant la loi hypothécaire, a tranché par l'affirmative.

La cession de rang hypothécaire ou privilégiée est l'acte par lequel un créancier, sans céder ni sa créance ni la garantie dont elle est assortie, cède à un autre créancier inscrit, le rang de sa sûreté.

En l'absence de publicité de cette opération, une fraude serait possible. Un créancier inscrit en premier rang, par exemple, pourrait céder son rang à un autre créancier inscrit en second rang. Ensuite, le cédant du premier rang céderait sa créance à un cessionnaire, sans l'avertir de la cession de son rang, et en le maintenant ainsi dans l'ignorance de ce

¹⁶⁵ LEDOUX, Chronique, *J.T.*, 1981, p. 319.

que la créance cédée ne bénéficie pas du rang favorable qu'elle paraît avoir (le premier dans l'exemple cité). La loi du 10 octobre 1913 a dès lors modifié la loi hypothécaire sur ce point, en imposant la mention marginale de la cession de rang.

200. La dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite ne constituant pas une cession, n'était pas davantage assujettie à la publicité dans le système de la loi de 1851.

Or, les tiers avaient évidemment intérêt à savoir que le créancier ayant mis en gage sa créance, munie du privilège ou de l'hypothèque, en avait ainsi perdu la libre disposition, puisque le créancier gagiste acquiert le droit de se payer de sa propre créance avec le produit de la créance hypothécaire ou privilégiée mise en gage, à l'échéance de sa propre créance en tous cas, voire même à l'échéance de la créance nantie si le gage est commercial (article 3 de la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial).

La loi du 10 octobre 1913 a donc prévu également la mention marginale de la mise en gage des créances visées à l'article 5, alinéa 2 de la loi hypothécaire.

§ 3. Effets de la mention marginale en marge d'actes inscrits et sanction de l'absence de publicité

201. La sanction de l'omission de publicité est l'inopposabilité de l'acte.

Ainsi, la cession de créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, la subrogation dans une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, la cession de rang et la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite sont inopposables aux tiers si elles ne sont pas mentionnées comme l'article 5 de la loi hypothécaire le prescrit.

202. Sont protégés par la publicité de l'article 5 de la loi hypothécaire, les tiers, c'est-à-dire les personnes étrangères à l'acte (de cession, de subrogation, de cession de rang, de dation en gage) qui ont, sur la créance ou sur l'immeuble qui en garantit le paiement, des droits réels, ou qui possèdent des droits personnels contre une partie à l'acte, mis en œuvre sur le bien objet de l'acte.

Le tiers protégé par la publicité est donc celui qui est titulaire de droits entrant en concours avec les droits qui résultent de l'acte assujetti à la formalité, c'est-à-dire dont les droits sont en conflit avec les droits du cessionnaire, du subrogé, du cessionnaire de rang ou du créancier gagiste, sur le bien ou la créance, objet de l'acte.

Les tiers de bonne foi seulement, c'est-à-dire les tiers ayant ignoré l'acte de cession, de subrogation, de cession de rang ou de mise en gage, non publié.

Seuls les tiers ayant eux-mêmes un titre régulièrement rendu opposable aux tiers, peuvent se prévaloir du défaut de publicité.

Ces tiers enfin doivent posséder un intérêt légitime à écarter l'acte non publié.

203. Relevons cependant que si l'article 5 de la loi hypothécaire prévoit l'inopposabilité aux tiers protégés par cette disposition de la cession de créance privilégiée ou hypothécaire¹⁶⁶ inscrite non mentionnée, l'article 1690 du Code civil prescrit déjà une inopposabilité au débiteur cédé de la cession de créance, non notifiée au débiteur cédé.

La cession de créance hypothécaire ou privilégiée inscrite met en présence deux catégories de tiers, d'une part, le débiteur cédé qui est un tiers à la cession de créance, certes, mais dont les droits ne sont pas mis en péril par une cession clandestine. Tant que la cession est clandestine à son égard, il paiera à son ancien créancier, le cédant. Ce qui lui importe c'est de savoir à qui payer. Il est donc normal que le seul mode de publicité qui le concerne soit la notification de l'article 1690 du Code civil, alors même que la cession a pour objet une créance hypothécaire. D'autre part, les autres tiers (c'est-à-dire ceux que vise l'article 5 de la loi hypothécaire, ceux dont les droits sont mis en péril par une cession clandestine), qui ont intérêt à savoir dans quel patrimoine se trouve la créance, de quels droits réels immobiliers elle est assortie, et au profit de quel titulaire ; ces tiers ont intérêt à connaître l'état du patrimoine immobilier de leur débiteur et les charges réelles grevant ce patrimoine.

Pour ces derniers tiers (ceux qu'intéresse l'article 5 de la loi hypothécaire), il est normal de prévoir que la publicité relevante soit la mention marginale, qui, à leur égard, est nécessaire et suffisante.

Ainsi, si un créancier cède sa créance à un cessionnaire qui inscrit la mention mais ne notifie pas, le débiteur cédé paiera valablement au cédant. La publicité de l'article 5 de la loi hypothécaire n'est pas conçue pour le débiteur cédé. Pour ce dernier, ce qui compte, c'est la notification de la cession.

¹⁶⁶ On retiendra que le régime de la cession de créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, sera transformé si le projet de loi, modifiant en ce qui concerne les cessions et les mises en gage de créances, le Code civil (articles 1690, 1691 et 2075 du Code civil, la loi du 25 octobre 1919, et l'arrêté royal n° 62 du 10 novembre 1967) est adopté. Voir WINDEY, « Questions spéciales liées à la cession de créance dans ses rapports avec des mécanismes de garantie » in *Les sûretés*, Colloque du Jeune Barreau, 1992, p. 427 et suivantes.

Après l'échange de rang: B créancier n° 1 → 150.000
 A créancier n° 2 → 150.000
 B créancier n° 2 → 50.000

La cession de rang non mentionnée est inopposable aux tiers.

Ainsi, si un créancier premier inscrit cède son rang à un créancier de second rang, sans que ce dernier ait procédé à la mention marginale, le cédant de rang pourrait céder son rang une nouvelle fois à un autre créancier qui primerait le premier cessionnaire de rang, s'il a lui-même mentionné sa propre opération. De même, le cédant de rang dont la cession n'a pas été mentionnée, pourrait céder sa créance comme étant assortie du premier rang (donc du meilleur rang possible) alors qu'elle n'occupe plus cette priorité.

206. La mise en gage de créances privilégiées ou hypothécaires inscrites est inopposable aux tiers protégés par la loi hypothécaire si elle n'a pas fait l'objet de la mention marginale.

L'article 2075 du Code civil ne concerne, en ce qui concerne les créances privilégiées ou hypothécaires inscrites, que le débiteur de la créance nantie et les tiers non visés par l'article 5 de la loi hypothécaire.

§ 4. Technique de la mention marginale de l'article 5 de la loi hypothécaire

207. En ce qui concerne les cessions de ou les subrogations dans une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même qu'en ce qui concerne les cessions de rang hypothécaire et les datations en gage de créances privilégiées ou hypothécaires inscrites, la loi prévoit la forme authentique, c'est-à-dire que ces actes doivent être établis dans les formes de l'article 2 de la loi hypothécaire pour être admis à la mention marginale.

La mention proprement dite se fait sur présentation au conservateur des hypothèques de l'expédition authentique de l'acte de cession, de subrogation, de cession de rang ou de datation en gage, à mentionner dans la marge de gauche du registre des inscriptions¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Pour les cessions, datations en gage, subrogations et cessions de rang de privilèges immobiliers qui font l'objet d'une transcription nécessaire pour la conservation du privilège (transcription valant inscription), la mention se fait en marge de l'inscription d'office que le conservateur est tenu de prendre pour compléter le bon ordre des registres.

SECTION 2 – LES RÉGIMES PARTICULIERS DÉROGATOIRES À LA LOI HYPOTHÉCAIRE

208. La formalité de la mention marginale prévue par l'article 5 de la loi hypothécaire se révèle lourde et potentiellement coûteuse lorsque de nombreuses créances hypothécaires sont cédées dans le cadre d'une même opération, particulièrement par des intermédiaires spécialisés tels que des banques ou des entreprises de crédits hypothécaires, ou lorsque les cessions interviennent dans le cadre plus général d'une transmission d'universalité.

Le législateur a donc prévu divers régimes particuliers applicables en cas de fusion ou scission, en cas de cession de portefeuilles de crédits hypothécaires ou encore en cas de cession de branches d'activités entre établissements de crédits.

A. Fusions

209. L'article 683 du Code des sociétés prévoit le principe selon lequel la fusion est opposable aux tiers à partir du jour de la publication des actes constatant les décisions de fusion prises par les sociétés concernées aux Annexes du Moniteur belge.

210. Il précise cependant que *"les actes visés par l'article 1^{er} de la loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire (..), ne sont opposables aux tiers que dans les conditions prévues par les lois spéciales qui régissent ces opérations. Doivent à cet effet être soumis aux formalités de transcription (...) les procès-verbaux des assemblées générales de toutes les sociétés ayant décidé la fusion"*. La formalité de la mention marginale n'ayant pas été visée, il s'ensuit que, pour être opposable aux tiers, seule la cession de droits réels immobiliers (mais non de créances privilégiées ou hypothécaires) doit faire l'objet d'une formalité au bureau de la conservation des hypothèques.

B. Cessions de crédits hypothécaires dans le cadre d'une opération de titrisation

211. Les opérations visées sont les opérations de titrisation par lesquelles un établissement de crédit finance les crédits qu'il consent en émettant certains titres souscrits par des opérateurs financiers. L'établissement de crédit peut notamment envisager de céder ses créances à un fonds ou une société spécialement constituée à cet effet, lesquels émettent des titres ou des valeurs mobilières qui sont écoulés sur le marché (voir la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux

marchés financiers)¹⁶⁹. D'un point de vue juridique, il importait de préciser les conditions de la cession non seulement des créances elles-mêmes, mais également des sûretés réelles (et notamment des hypothèques) qui garantissent celles-ci.

212. Le titre III de la loi du 4 août 1992 relative au crédit hypothécaire¹⁷⁰ s'applique à toutes les créances hypothécaires¹⁷¹ inscrites au bureau de la conservation des hypothèques, ainsi qu'à toutes les créances garanties par un privilège sur un immeuble inscrit au bureau de la conservation des hypothèques.

L'article 51 § 1^{er} de la loi dispose que "*Lorsqu'une créance (hypothécaire ou privilégiée) est cédée par ou à un organisme de placement en créances au sens de la loi du 4 décembre 1990 relative aux opérations financières et aux marchés financiers ou mise en gage par ou au profit d'un tel organisme, l'article 5 de la loi hypothécaire n'est pas d'application à cette cession ou à cette mise en gage. A la requête de tiers, le cédant ou la personne qui donne la créance en gage est tenu de fournir les renseignements nécessaires relatifs à l'identité du cessionnaire ou du créancier gagiste*".

Il s'ensuit que dorénavant la cession d'un portefeuille de créances hypothécaires, pour autant qu'elle soit réalisée dans le cadre d'une opération donnant lieu à l'émission de titres ou de valeurs mobilières négociables, n'est plus soumise au respect des formalités prévues par l'article 5 de la loi hypothécaire, dès lors que les règles prévues à l'article 1690 du Code civil sont remplies¹⁷².

213. En vertu de l'article 53 de la même loi, la cession d'un portefeuille de créances par une entreprise hypothécaire dans le cadre d'un apport de son activité hypothécaire, est opposable à tous les tiers dès le moment de sa publication au Moniteur belge. La

¹⁶⁹ Sur la titrisation de manière générale, cons. J. DUFRANE, « La titrisation en Belgique », *DAOR*, 1991, 69-75; LEMAITRE et GLANSDORFF, « La titrisation des créances bancaires au regard du droit belge », *Rev. Banque*, 1990, 561-574; ROMAIN, « Examen du régime de la titrisation des créances en droit civil belge », *R.D.C.*, 1992, 836-871; WINDEY, « Questions spéciales liées à la cession de créance dans ses rapports avec des mécanismes de garantie », in *Le droit des sûretés*, Editions du Jeune Barreau 1992, 427-497.

¹⁷⁰ Moniteur belge du 9 août 1992, page 18196. Sur cette loi, cons. not. F. WERDERFROY, « La loi du 4 août 1992 sur le crédit hypothécaire et les conservations des hypothèques », *R.G.E.N.*, 1993, p. 61.

¹⁷¹ Pour l'application de la loi, on entend par "crédit hypothécaire", (i) le crédit garanti par une hypothèque ou un privilège sur un immeuble ou par le nantissement d'une créance garantie de la même manière, (ii) la créance résultant de la subrogation d'une ou de plusieurs tierces personnes dans les droits d'un créancier privilégié sur un immeuble, (iii) le crédit stipulant le droit de requérir une garantie hypothécaire, même si ce droit est stipulé dans un acte distinct, (iv) le crédit sur garantie lorsqu'une garantie hypothécaire est consentie au profit de la caution ou du garant (article 2 de la loi du 4 août 1992).

¹⁷² DIRIX et VAN HAEGENBORGH, « Overdracht van bevoorrechte en hypothecaire schuldvorderingen », *R.W.*, 1992-93, n° 9, p. 1180.

Commission bancaire, financière et des assurances (la CBFA) est chargée de l'approbation de telles opérations et de réaliser la publication de son approbation au Moniteur belge.

C. Cessions entre établissements de crédit

214. L'article 30 de la loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit¹⁷³ prévoit un régime spécial d'approbation préalable par la Commission bancaire, financière et des assurances pour certains types d'opérations :

- les fusions entre établissements de crédit ou entre de tels établissements et d'autres institutions financières,
- la cession entre établissements de crédit ou entre de tels établissements et d'autres institutions financières de l'ensemble ou d'une partie de leur activité.

La Commission bancaire et financière et des assurances vérifie si le projet ne risque pas de porter atteinte à la gestion saine et prudente des établissements de crédit concernés. Elle dispose de trois mois à compter de la notification préalable du projet pour communiquer sa décision. Si elle n'intervient pas dans le délai de trois mois, son autorisation est réputée acquise.

Dans la mesure où une opération de cette sorte entre établissements peut entraîner la cession d'un ensemble de créances (et notamment de créances hypothécaires), il était nécessaire de préciser, le cas échéant, quelles formalités devaient être remplies afin de permettre l'opposabilité aux tiers des cessions intervenues.

L'article 31 de la loi du 22 mars 1993 prévoit dès lors que *"la cession totale ou partielle entre établissements de crédit et d'autres institutions financières des droits et obligations résultant des opérations des établissements ou entreprises concernés et autorisés conformément à l'article 30 est opposable aux tiers dès la publication au Moniteur belge de l'autorisation de la Commission bancaire, financière et des assurances"*.

215. Lors de la discussion du projet de loi au Sénat, le Ministre des finances a précisé comme suit la portée de l'article 31: *"La publication au Moniteur belge de l'autorisation de la Commission bancaire et financière se substitue tant aux formalités d'opposabilité proprement dites, telles que visées à l'article 1690 du Code civil ou à l'article 5 de la loi hypothécaire, qu'à la*

¹⁷³ Moniteur belge, 19 avril 1993, p. 8650. Sur cette loi, cons. not. BRUYNEEL et FYON, *La loi du 22 mars 1993 relative au statut et au contrôle des établissements de crédit*; Tyteca, « *Wet van 22 maart 1993 op het statuut en het toezicht op de kredietinstellingen* », *T.R.V.*, 1993, p. 187.

nécessité d'obtenir le consentement des contreparties aux opérations considérées comme intuitu personae (par exemple les contrats de compte courant ou d'ouverture de crédit)" ¹⁷⁴

CHAPITRE V – QUELQUES INDICATIONS RELATIVES A L'ORGANISATION PRATIQUE DE LA PUBLICITE FONCIERE ET AU ROLE DU CONSERVATEUR DES HYPOTHEQUES

SECTION I – MODE DE PUBLICITÉ

216. La publicité se fait par registres. Les registres sont tenus au bureau de la conservation des hypothèques établi au chef-lieu de l'arrondissement judiciaire dans lequel l'immeuble est situé¹⁷⁵.

Il existe deux registres principaux, le registre des transcriptions et le registre des inscriptions (privilèges et hypothèques).

La transcription consiste en une copie de l'acte, moyennant une marge, pour faire place à la mention marginale de l'article 3 de la loi hypothécaire. L'inscription consiste en une copie d'un bordereau (ou résumé de l'acte, contenant les mentions essentielles : nom, identité des parties, précision de la charge qui grève l'immeuble et identification de l'immeuble).

217. Dans le registre des inscriptions, deux marges sont réservées pour les mentions marginales :

- dans la marge de gauche, figurent les mentions des actes visés par l'article 5 de la loi hypothécaire (cession, subrogation, cession de rang, mise en gage),
- dans la marge de droite, figurent les radiations ou réductions en exécution de mainlevées totales ou partielles.

218. Parallèlement, il existe un registre des dépôts visés à l'article 124 de la loi hypothécaire.

¹⁷⁴ Doc. Parl. Sénat, 616-2, sess. 1992-1993, p. 62.

¹⁷⁵ R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 4; DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VII, n° 1042.

Comme la transcription et l'inscription prennent du temps, le législateur a créé un registre dans lequel le conservateur inscrit au fur et à mesure de leurs dépôts les actes qui lui sont présentés pour publicité.

Ce registre est arrêté au jour le jour par le conservateur. Il mentionne une analyse sommaire de l'acte qui devra être transcrit ou inscrit.

En réalité, c'est la date de mention au registre des dépôts qui fixe la date de la réalisation de la publicité prévue par la loi hypothécaire.

La transcription ou l'inscription subséquentes ne font que confirmer ce qui a été constaté déjà par le registre des dépôts.

219. Enfin, pour faciliter les recherches, eu égard au fait que les transcriptions et les inscriptions forment de volumineux ensembles de documents, la loi a prévu des documents auxiliaires permettant de retrouver plus aisément les actes : le répertoire visé à l'article 125 de la loi hypothécaire et la table alphabétique des noms des propriétaires.

Le conservateur des hypothèques qui doit délivrer des renseignements sur le statut d'un immeuble consultera d'abord la table alphabétique par nom des propriétaires, ensuite le répertoire où figurent, sous le nom de chaque propriétaire, un résumé des actes transcrits d'un côté (gauche) et un résumé des actes inscrits de l'autre côté (droit).

Ceci souligne l'importance de l'identification exacte des personnes, lorsqu'on procède à une recherche hypothécaire, ou relative au statut d'un bien ou d'un droit réel immobilier.

SECTION 2 – CRITIQUE GÉNÉRALE DU SYSTÈME DE PUBLICITÉ

220. Le législateur belge a consacré un système de publicité personnel reposant sur le nom du propriétaire.

C'est le nom du propriétaire de l'immeuble qui constitue la base du régime de publicité.

Ainsi, une vente est répertoriée au nom de l'acheteur qui devient propriétaire. De même une hypothèque est répertoriée au nom de la personne qui a grevé son immeuble.

Il existe évidemment d'autres systèmes, tels par exemple, le système dit réel dont le pivot est l'immeuble lui-même, et non le nom du propriétaire, ou le système dit des livres fonciers (Allemagne, Suisse, Pays-Bas, Suède).

Dans ces systèmes, il existe un registre des propriétés, sorte de cadastre dans lequel sont mentionnées les mutations (au sens large) et les charges et hypothèques relatives à tel bien. Le plus souvent, dans de tels systèmes, le fonctionnaire est compétent pour apprécier la régularité du titre en vertu duquel le droit est concédé, avec cette conséquence que l'inscription dans le registre fait foi du fait qui y est indiqué, voire même dans certaines législations, de la validité de l'acte transcrit ou inscrit, selon les systèmes¹⁷⁶.

221. Dans le système personnel, il faut évidemment identifier exactement la personne propriétaire ou grevée, ce qui est plus difficile que d'identifier un bien.

En outre, l'identification du dernier propriétaire du bien peut ne pas donner un image exacte du statut du bien.

Tel est le cas lorsqu'il y a, par exemple, mutation par décès, mutation légale, charge inscrite sur un propriétaire précédent, etc.

Pour connaître le statut exact d'un bien immobilier dans le système personnel, il faut en réalité établir la chaîne des mutations de personne à personne, jusqu'à la date à laquelle tous les droits susceptibles d'exister sur l'immeuble visé sont prescrits, c'est-à-dire pendant trente ans.

Il faut retenir que "*La publicité ne purge pas l'acte de ses vices*", en ce sens que la publicité n'a aucun effet sur la validité de l'acte, ni sur le contenu des droits que créent ceux-ci, dans notre système, dit personnel.

Dans certains systèmes dits réels, généralement basés sur la publicité faite à partir d'un livre foncier, la publicité fait foi, voire même du contenu d'un acte et peut ainsi valider cet acte.

En revanche, dans notre système, si le vendeur originaire n'était pas effectivement propriétaire, la transcription du titre de l'acheteur ne validera pas la vente, et toute la chaîne suivante des mutations demeurera altérée, et exposée à un anéantissement, nonobstant la publicité.

¹⁷⁶ R.P.D.B., « V° Hypothèques et privilèges immobiliers », n° 9; DIRIX et DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 1989, n° 59, p. 39.

De même, si le constituant de l'hypothèque n'est pas propriétaire du bien grevé, l'hypothèque est nulle, malgré son inscription.

Certains y voient une sorte de lacune, puisqu'il faut toujours dissocier la validité de l'acte de son opposabilité.

La recherche du statut exact d'un immeuble suppose ainsi la reconstitution de la chaîne trentenaire des mutations.

Une hypothèque ou une charge réelle étant en effet inscrites au nom du propriétaire de l'immeuble qui a grevé originairement son bien, il faut remonter jusqu'à la date de la prescription pour savoir s'il n'y a pas eu une charge créée par un précédent propriétaire, et qui aurait subsisté encore au travers de différentes mutations éventuelles consécutives, et ce en vertu du droit de suite. En outre, par la prescription, la propriété peut être considérée comme étant acquise de manière originaire, de sorte que les vices éventuels antérieurs sont purgés.

SECTION 3 – MÉTHODE PRATIQUE POUR EFFECTUER UNE RECHERCHE DANS LES CONDITIONS DU SYSTÈME PERSONNEL

222. Les registres de la transcription et de l'inscription ne sont pas directement accessibles au public.

La publicité consiste seulement dans le droit pour toute personne qui le requiert, sans avoir à justifier d'un intérêt quelconque, d'obtenir, soit une copie de la transcription de l'acte, soit ce que l'on appelle un certificat hypothécaire (article 127 de la loi hypothécaire).

En général, on demande un certificat hypothécaire plutôt qu'une copie.

223. Le certificat est un document délivré par le conservateur des hypothèques et qui contient, relativement à la personne et aux biens repris à la "*réquisition*" (la demande de certificat), une analyse sommaire des actes qui ont été transcrits relativement à cette personne, et des charges dont cette personne a grevé les biens dont elle est propriétaire.

Par conséquent, pour obtenir un certificat hypothécaire, on doit adresser au conservateur des hypothèques une réquisition.

Ce document conditionne la recherche, et doit donc être soigneusement rédigé.

La réquisition est reproduite en tête du certificat, de manière à ce que la portée de celui-ci soit bien circonscrite. Elle peut être annexée en photocopie au certificat.

La réquisition comprendra l'indication précise, complète et soignée, de la personne visée (selon l'état civil), des biens concernés, et de ce que l'on demande, à savoir, par exemple, de quels biens cette personne est-elle propriétaire, selon les registres de la transcription; quelles sont les hypothèques que cette personne a consenties sur son bien; cette personne a-t-elle fait l'objet de saisies immobilières, de mentions marginales relatives à tel bien; existe-t-il des baux transcrits sur tels biens ?

SECTION 4 – LES REMÈDES À CERTAINES LACUNES DE LA LOI HYPOTHÉCAIRE

A. Identification des personnes

224. La loi du 10 octobre 1913 prescrit que toute identification des personnes dans les actes qui concernent la publicité foncière, doit se faire uniquement sur la base de l'acte de naissance et d'autres pièces de l'état civil (mariage, décès).

B. Reconstitution de la chaîne trentenaire des mutations, en ce compris les mutations non publiées par décès

225. La même loi du 10 octobre 1913 a obligé les receveurs de l'enregistrement et des domaines à mettre à la disposition de toute personne intéressée, sur simple demande et moyennant un faible coût, la documentation que l'Etat tient pour la perception des droits d'enregistrement et de succession.

226. En outre, cette loi oblige les officiers publics chargés de conférer l'authenticité aux actes, d'indiquer dans les titres de propriété des parties qui requièrent l'établissement d'un acte, les titres de leurs auteurs.

En général, et par prudence, les officiers publics rappellent, dans chaque acte, non seulement l'acte immédiatement précédent, mais, précisément, toute l'origine de propriété du bien en remontant ainsi à trente ans.

En outre, le notaire joint aux expéditions qu'il remet aux parties, un certificat hypothécaire attestant du statut du bien et permettant de connaître les charges grevant le bien au moment de l'acte.

C. Rôle du notaire

227. Certes l'acte publié n'est pas purgé de ses vices. Toutefois, la loi n'admet à la publicité que l'acte authentique. L'officier public qui le dresse (en général le notaire) va donc assurer un certain contrôle (non absolu toutefois) de la validité de l'acte et de son efficacité.

Ceci souligne le rôle et la responsabilité du notaire dans l'efficacité du système hypothécaire belge.

D. Rôle et qualité du conservateur

228. Historiquement, le service de la loi hypothécaire est rattaché à l'administration des finances, et le conservateur des hypothèques est choisi parmi les comptables publics.

Cependant, il a un statut particulier, car il est indépendant de l'administration fiscale.

En sa qualité de conservateur des hypothèques, il agit comme officier public sous sa responsabilité personnelle.

Il n'est pas l'organe ou le préposé de l'État. Ainsi, quand une partie veut faire transcrire un acte que le conservateur refuse de transcrire, elle doit assigner le conservateur personnellement, et non l'État belge.

229. Le conservateur exerçait-il une mission purement passive (transcrire tout ce qu'on lui présente) ou, au contraire, une mission active (exercer un contrôle sur les actes présentés) ?

En principe, le conservateur est le gardien de la loi hypothécaire: il doit transcrire (article 130 de la loi hypothécaire) mais il ne doit transcrire que dans le cadre de cette loi.

A cet égard sa responsabilité est différente de celle du receveur de l'enregistrement, qui doit et peut enregistrer n'importe quel écrit qui lui est présenté.

Quant à la forme, le contrôle est possible et facile. Le conservateur refusera toute transcription d'actes non authentiques, d'annexes non parties intégrantes, d'actes non complets, d'actes se situant en dehors du champ d'application de la loi hypothécaire.

Quant au fond, il exerce peu de contrôle. Il n'est pas en mesure, en réalité, de contrôler le point de savoir si l'acte contient effectivement un *negotium translatif*, déclaratif ou constitutif de droits réels immobiliers, car cette question peut être délicate à trancher.

Il jouit cependant d'un droit d'appréciation marginal: il examinera si apparemment l'*instrumentum* contient un *negotium* assujéti à la transcription.

En pratique cependant, le conservateur transcrit le plus souvent, car il est passible de dommages-intérêts envers les parties en cas de refus injustifié.

En cas de refus de transcrire, il convient de faire dresser procès-verbal du refus (article 130 de la loi hypothécaire) et citer le conservateur en justice. Il n'est pas l'organe ou le préposé de l'État, il est personnellement responsable.

230. La transcription d'un acte qui ne devait pas l'être n'ajoute rien à cet acte (par exemple, la transcription d'un contrat d'entreprise). Cet acte ne devient pas pour cela opposable aux tiers. Il en va de même de la transcription d'un acte qui ne pouvait pas être transcrit (par exemple, la transcription d'une vente sous seing privé). La vente n'en devient pas opposable pour autant aux tiers, sauf si par le fait de la transcription, ils viennent à en acquérir à la connaissance et se comportent en complices de la violation d'une obligation qui y figure¹⁷⁷.

La transcription n'est nulle que si un préjudice pour les tiers résulte d'une erreur faite dans sa réalisation. Il n'y a pas de nullité sans grief, en pareil cas.

Si les parties sont en outre ou par ailleurs lésées, elles ont un recours en dommages-intérêts contre le conservateur s'il est fautif, ce qui ne sera pas le cas, par exemple, si l'erreur provient des renseignements ou documents fournis par les parties elles-mêmes.

¹⁷⁷ C'est alors par le fait de la connaissance et sur la base de la théorie de la tierce complicité (et non par la formalité de la transcription) que l'acte devient, dans ces conditions, opposable aux tiers.