

TIERS ET BIENS

Rapport de droit belge

Isabelle DURANT

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Ce texte provisoire est établi en vue de permettre au Pr G. Boutin d'établir le rapport général sur « Les tiers et les biens ». L'auteur se réserve le droit de le modifier en vue de sa publication définitive.

INTRODUCTION

1. Objet du rapport. Déférant au vœu des organisateurs des *Journées panaméennes* de l'Association Henri Capitant, bien compréhensible en vue de faciliter le travail du rapporteur de synthèse, le Pr G. Boutin, nous avons établi le rapport de droit belge en répondant au questionnaire préétabli. Il en résulte que tout ne sera certainement pas dit au sujet des tiers et des biens, d'autant plus que le rapport devait rester d'une longueur raisonnable. Nous espérons que le lecteur pourra néanmoins se faire une idée exacte du système belge à la lecture des quelques pages qui suivent.

QUESTIONNAIRE

1. Votre système de droit civil et de la propriété règle-t-il l'institution de la publicité foncière dans votre code civil ou au travers d'une loi spéciale ?

2. Les textes légaux. Le droit belge connaît un régime de publicité foncière, certes parcellaire, mais d'une importance primordiale. Ce régime est institué dans le Code civil, plus précisément au titre XVIII (« Des privilèges et hypothèques ») du livre III (« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »). Les dispositions qui composent ce titre XVIII, au nombre d'approximativement cent-cinquante, ont été insérées dans le Code civil par une loi du 16 décembre 1851 (couramment appelée « loi hypothécaire »), cette même loi, modifiée à plusieurs reprises, ayant préalablement abrogé les articles 2092 à 2203 qui le constituaient à l'origine. Elles suivent une numérotation propre (art. 1 à 144).

Les six premières dispositions de ce titre, consacrées à la *transmission des droits réels*, forment le siège du régime de la publicité foncière¹. Ce régime est toutefois complété par d'autres dispositions.

D'une part, des lois particulières et d'autres dispositions du Code civil étoffent le régime en prévoyant expressément une publicité de certains actes par la voie du registre des *transcriptions*, registre de formalité instauré par la loi hypothécaire. Ces dispositions particulières constituent, toutefois, en réalité des applications du principe général contenu à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, sur lequel nous reviendrons, qui fait dépendre l'opposabilité à *certain*s tiers de *certain*s actes juridiques de leur reproduction intégrale dans le registre des transcriptions tenu par le conservateur des hypothèques. Ainsi, l'article 815 du Code civil indique-t-il que les conventions par lesquelles les parties sortent d'une situation d'indivision sont opposables aux tiers, pour autant qu'elles aient été transcrites sur les registres du conservateur des hypothèques si elles ont un ou plusieurs immeubles pour objet. Ainsi encore, l'article 8 de la loi du 26 juillet 1962 relative à la procédure d'extrême urgence en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique prévoit-il que le jugement par lequel le juge fait droit à la requête de l'expropriant est « transcrit sur le registre du conservateur des hypothèques compétent et produit, à l'égard des tiers, les mêmes effets que la transcription d'un acte de cession ». Enfin, citons l'article 1287 du Code judiciaire qui stipule qu'un extrait de l'acte qui contient le règlement transactionnel convenu dans le cadre d'un divorce par consentement mutuel doit être transcrit dans la mesure où il se rapporte à des immeubles.

D'autre part, la loi hypothécaire organise une publicité spécifique, autre que la transcription, pour les sûretés immobilières que sont les *privilèges* et les *hypothèques* (précisément exclus du champ d'application de l'article 1^{er} de la loi). En ce qui concerne les privilèges immobiliers, ceux-ci sont rendus publics par une *inscription* sur le registre du conservateur des hypothèques (art. 29 et ss. L. hyp.). Similairement, en ce qui concerne les hypothèques, celles-ci n'ont de rang entre les créanciers que du jour où elles ont été *inscrites* sur le registre du conservateur des hypothèques (art. 81 L. hyp.).

3. Les deux principales formes de publicité. Il résulte de cette brève présentation que deux formes de publicité foncière sont organisées par la loi hypothécaire : la *transcription* et l'*inscription*, auxquelles il faut ajouter la publicité par *mention marginale* (voy. notamment l'art. 5 L. hyp., applicable, par exemple, à la cession de créance hypothécaire). Il s'agira d'appliquer l'une ou l'autre en fonction de l'acte à rendre public.

Les registres sont *publics en ce sens* qu'il peut être sollicité du conservateur qu'il délivre notamment un certificat constatant les mutations et concessions de droits réels, ainsi qu'une copie des inscriptions ou transcriptions existantes ou un certificat attestant qu'il n'en existe point (art. 127 L. hyp.). On précisera, pour autant que de besoin, qu'il existe en réalité plusieurs bureaux de la conservation des hypothèques et donc plusieurs conservateurs. Lorsqu'il est question de transcrire un acte, l'opération a lieu au bureau de la conservation dans l'arrondissement duquel le bien visé par l'acte est situé (art. 1^{er} L. hyp.) ; lorsqu'il est question d'inscription, pareillement, les formalités se font au bureau dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque (art. 82 L. hyp.).

Lorsqu'un acte est transcrit, il est reproduit fidèlement et *en entier* sur le registre (dit des transcriptions, registre actuellement informatisé) du conservateur des hypothèques (art. 124 L. hyp.). Lorsqu'un acte donne lieu à inscription, celle-ci se réalise par la copie dans le registre

¹ Ces six premières dispositions forment les « dispositions préliminaires » du titre XVIII. Elles sont reproduites en annexe au présent rapport. Le Code civil est accessible via le portail du pouvoir législatif belge (http://www.juridat.be/index_fr.php), onglet « Législation belge » (ou directement sur la page : <http://www.ejustice.just.fgov.be/loi/loi.htm>).

ad hoc (dit des inscriptions, registre également informatisé) d'un *bordereau d'inscription*². Ce bordereau, sorte de fiche signalétique, contient les éléments indispensables pour avertir les tiers de l'étendue de la sûreté (le nom du créancier, celui du débiteur, le montant du capital garanti, l'indication de l'immeuble grevé de la sûreté, etc.) (art. 83 L. hyp.).

2. La publicité foncière est-elle constitutive du droit réel ? Quels effets produisent l'inscription (sécurité juridique, effets erga omnes, présomption de bonne foi, etc.) ?

4. Le principe de l'opposabilité de plein droit aux tiers des conventions. Pour comprendre le système belge de publicité foncière, il faut tout d'abord, nous semble-t-il, rappeler qu'en principe, les conventions sont *opposables* aux tiers de plein droit, du seul fait de l'échange des consentements³. Parlant de l'opposabilité des droits, on vise la possibilité pour les tiers de s'en prévaloir, et, surtout, l'obligation pour eux d'en tenir compte.

S'agissant plus particulièrement des contrats, ceux-ci constituent des faits sociaux ou encore des réalités qui s'imposent aux tiers⁴. Si le contrat ne produit donc des effets obligatoires qu'entre parties contractantes (art. 1165 C. civ.), en revanche, il constitue une réalité que ne peuvent ignorer les tiers. On dit encore que les *effets internes* du contrat, les effets obligatoires, sont des effets *relatifs* ; ils ne concernent que les parties au contrat, alors que les *effets externes*, le fait même de l'existence de la convention, constituent une réalité que ne peuvent méconnaître les tiers ; en cela ils leur sont *opposables*.

Le Code civil ne définit pas les notions de 'tiers' et de 'parties contractantes'. Il est revenu à la doctrine de les systématiser. On peut synthétiser le tableau, sans donc entrer dans trop de détails, en qualifiant de parties contractantes, non seulement les personnes qui ont donné leur consentement à la convention (le cas échéant par le truchement d'un représentant), mais encore celles qui y auraient adhéré, l'adhésion fut-elle possible en l'espèce, voire, encore que la question soit discutée, celles tenues par la confiance légitime qu'elles ont créée chez autrui. On assimile aux parties contractantes, les ayants cause universels ou à titre universel des contractants, à moins que la nature du contrat ne s'y oppose (contrat conclu *intuitu personae*) ou que les contractants ne se soient opposés à la transmission (art. 1122 C. civ.). Quant aux ayants droit à titre particulier, ils sont assimilés aux parties contractantes à l'égard des droits de créance étroitement liés au bien vendu (l'action en responsabilité décennale ou l'action en garantie pour vices cachés par exemple). Une fois arrêté le cercle des parties contractantes, celui des tiers se définit aisément : sont des tiers toutes les personnes autres que celles qui reçoivent la qualification de parties contractantes⁵.

5. Opposabilité et mutations immobilières. Le principe de l'opposabilité de plein droit aux tiers des conventions souffre toutefois quelques exceptions.

La plus notable est certainement celle qui concerne les *mutations immobilières*. Aux termes de l'article 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi hypothécaire, en effet, « Tous actes entre vifs à titre gratuit ou

² E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *Rép. not.*, t. X, livre I, mise à jour par G. DE LEVAL, A. GENIN, R. PONCELET et M. RENARD-DECLAIRFAYT, Bruxelles, Larcier, 1987, p. 217, n° 328 et p. 725, n° 2009.

³ M. FONTAINE, « Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats », in J. GHESTIN et M. FONTAINE (eds), *Les effets du contrat à l'égard des tiers*, Paris, L.G.D.J., 1992, p. \$\$\$, n° 30 ; S. STIJS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, p. 205, n° 31 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 864, n° 923.

⁴ M. FONTAINE, « Les effets 'internes' et les effets 'externes' des contrats », *op. cit.*, p. \$\$\$, n° 6 ; S. STIJS, « Les contrats et les tiers », *op. cit.*, p. 190, n° 4 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, p. 864, n° 923. En jurisprudence, voy. Cass. (\$\$\$^c ch.), 27 mai 1909, *Pas.*, 1909, I, p. 272.

⁵ Sur la qualification de tiers et de parties contractantes, on consultera S. STIJS, « Les contrats et les tiers », in P. WÉRY (sous la dir. de), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, Bruxelles, la Charte, 2004, pp. 198 à 205.

onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et les hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 577-4, § 1^{er}, et 577-13, § 4 du Code civil, ainsi que les modifications y apportées, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude ».

Il découle de cette disposition, plus complètement reproduite dans l'annexe au présent rapport, qu'en *matière immobilière*, l'opposabilité à *certain tiers*⁶, les tiers protégés dits de bonne foi, des *actes entre vifs y visés*⁷, dépend de l'accomplissement d'une formalité, à savoir la transcription sur un registre tenu au bureau de la conservation des hypothèques⁸. Il serait même plus exact de dire que les tiers protégés de bonne foi *peuvent ignorer* les mutations immobilières non transcrites. S'ils ont intérêt à s'en prévaloir, l'absence de publicité n'y formera obstacle⁹. Le moyen de défense tiré de l'absence de transcription n'est pas d'ordre public¹⁰.

Dans un système consensuel où le contrat qui *transmet* le droit réel est, comme on l'a dit ci-dessus, un fait qui s'impose à tous, de même du reste que celui qui *crée* un droit réel, s'est donc fait sentir la nécessité d'*informer les tiers* des opérations qui se sont nouées entre parties. Tel est le but de la publicité : informer les tiers, pallier ainsi les inconvénients qu'entraînerait la méconnaissance des actes et garantir la sécurité des transactions. « (...), [S]i rien ne vient

⁶ Voy. *infra*, n° 10.

⁷ L'article 1^{er} de la loi hypothécaire vise différents types d'actes :

- tous actes *entre vifs* à titre gratuit ou onéreux, *translatifs* ou *déclaratifs* de *droits réels immobiliers*, autres que les privilèges et les hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 577-4, § 1^{er} [statuts des (groupes d')immeubles soumis au régime de la copropriété forcée des immeubles bâtis], et 577-13, § 4 du Code civil [acte notarié constatant le clôturé de la liquidation d'une association de copropriétaires], ainsi que les modifications y apportées ;
relèvent de cette première catégorie d'actes la vente d'un immeuble, la donation d'un immeuble (voy. aussi l'art. 939 C. civ.), l'échange portant sur un bien immeuble, la dation en paiement ayant pour objet la transmission d'un bien immeuble, l'apport en société d'un bien immeuble, le contrat de mariage contenant mutation d'un bien immeuble, le règlement transactionnel dans le cadre d'un divorce impliquant une mutation immobilière, la résiliation bilatérale emportant rétrocession d'un bien immeuble, etc. ;
bien que l'article 1^{er} de la loi hypothécaire ne les ait pas expressément visés, les actes entre vifs *constitutifs* de droits réels immobiliers sont soumis à la formalité de la transcription ; on pense, par exemple, à la constitution d'un usufruit ou d'un droit d'usage ou encore à la convention portant création d'une servitude de passage, même si la servitude est apparente ; on y ajoute les actes de renonciation au droit d'accession en ce qu'ils génèrent la constitution d'un droit de superficie ;
pour ce qui concerne les actes *modificatifs*, la nécessité de la transcription dépendra de la portée de l'acte ; l'acte modificatif d'une servitude conventionnelle devra ou ne devra être transcrit selon que les modalités dépassent ou ne dépassent pas les limites de la servitude existante ; si la portée de la servitude se trouve changée, l'aménagement nouveau est soumis à publicité ;
- des jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits ; y sont assimilées les sentences arbitrales (sur ce dernier point, voy. sur ce dernier point, et, d'une manière générale, sur le champ d'application de l'art. 1^{er} L. hyp., voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 4 à 30 et p. 32, n° 92)
- des actes de renonciation à ces droits ; on vise ici les renoncations à un droit acquis (par exemple, la renonciation à un usufruit, l'abandon de mitoyenneté) et non les renoncations à l'acquisition d'un droit (renonciation au bénéfice d'une prescription acquisitive, renonciation à une succession par exemple) ;
- des baux excédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer (sur ce dernier point, et, d'une manière générale, sur le champ d'application de l'art. 1^{er} L. hyp., voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome 1. Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 210 et ss. ; voy. aussi M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 4 à 30).

⁸ En matière mobilière, la possession joue en elle-même un rôle publicitaire (N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, p. 263, n° 579).

⁹ En ce sens, Liège (11^e ch.), 1^{er} mars 1994, *J.L.M.B.*, 1994, p. 695 : « (...) la transcription n'est pas une condition de validité du transfert de propriété d'un immeuble, mais seulement une condition d'opposabilité qui ne fait pas obstacle à l'invocation du transfert par le tiers qui aurait intérêt à se prévaloir dudit transfert à l'égard des parties ». Voy. J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, vol. I, Liège, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, p. 538, n° 611.

¹⁰ Cass. (1^e ch.), 30 novembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 332.

extérioriser aux regards du public les transformations qui se produisent dans le patrimoine de chacun, les situations ostensibles sont trompeuses et la plus grande insécurité règne dans les transactions¹¹ ». La transcription est donc un mécanisme d'information des tiers et par là même de sécurisation des transactions, nécessaire au bon développement du crédit ; il ne s'agit pas d'un mécanisme de création ou de transmission de droits : le système belge de publicité foncière est un système déclaratif et non constitutif de droit¹². Comme l'écrit M. Grégoire, « La publicité n'est pas constitutive de droits entre parties mais confortative de ces droits à l'égard des tiers¹³ ».

Du reste, lorsqu'un acte est présenté à la transcription, le conservateur doit le transcrire, pour autant qu'il entre dans l'une des catégories d'actes soumis à publicité (art. 130 L. hyp.), mais il n'est pas juge de sa validité intrinsèque. Autrement dit, la publicité ne purge pas l'acte de ses éventuels vices¹⁴ ; elle n'a aucun effet sur la validité de l'acte ni sur le contenu des droits que l'acte recèle¹⁵. La publicité n'ajoute donc rien à l'acte, pas plus qu'elle ne constitue une preuve de propriété¹⁶. Comme l'écrit aussi P. Lecocq, « [La transcription] n'immunise pas le contrat contre les actions en nullité liées à sa formation, ni d'ailleurs contre les actions en résolution relatives à son exécution¹⁷ ».

Nous verrons, dans la suite de ce rapport, que le fait de ne pas transcrire un acte soumis à la formalité de la transcription emporte des conséquences juridiques non négligeables, dès lors que les tiers protégés par la mesure pourront ignorer l'acte non transcrit, se comporter comme s'il n'existait pas ; les effets externes ne se déploieront pas à leur égard, s'ils ont un intérêt légitime à ce qu'il en soit ainsi (voy. *infra*, n° 11)¹⁸.

Le Code civil n'avait organisé une publicité que pour certaines opérations, telles les donations. La loi hypothécaire de 1851 a eu, quant à elle, pour but essentiel de « créer un signe extérieur de propriété qui est aux immeubles ce que la possession est aux meubles¹⁹ ». La publicité n'est donc organisée par la loi hypothécaire qu'en matière immobilière. Elle n'est par ailleurs organisée que pour certains actes entre vifs. C'est la raison pour laquelle nous avons parlé, à l'entame de ce rapport, d'un *régime parcellaire* de publicité foncière. Ainsi, les faits matériels et juridiques ne sont pas visés par la loi ; il en va de même des constitutions de droits réels par l'effet de la loi ou des actes à cause de mort. Par conséquent, les droits acquis par prescription ou en raison du phénomène de l'accession ne donnent pas lieu à publicité. Dans ce cas, la mutation immobilière résulte d'un fait ostensible (par exemple, la possession prolongée) ; la publicité est donc inutile.

6. Opposabilité et sûretés immobilières. En ce qui concerne les sûretés immobilières, et plus particulièrement les hypothèques, leur opposabilité aux tiers dépend cette fois d'une

¹¹ E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, p. 111, n° 2.

¹² On oppose aux systèmes *déclaratifs* les systèmes *constitutifs* (Angleterre, Allemagne, Suisse, Grèce par exemple). Dans ces derniers cas, le droit sur le bien (le droit de propriété par exemple) ne résulte pas de l'accord des parties, mais de la réalisation de la mesure de publicité foncière. Sur cette question, voy. N. PIERRE, « Regards croisés internes et européen sur l'usucapion », *Rev. trim. D.H.*, 2008, p. 1161. Voy. aussi l'arrêt de la cour d'appel de Liège précité note infrapaginale n° 9.

¹³ M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 3, n° 1, qui se réfère à Cass. fr. civ., 10 mai 1949, *Rev. not.*, 1950, p. 197.

¹⁴ E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, p. 225, n° 354 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 92, n° 221.

¹⁵ Voy. p. ex. Bruxelles (ch. supplém. G), 16 septembre 1999, *J.T.*, 2001, p. 71. Voy. aussi l'affaire du Kladaradatsch, notamment résumée par S. BOUFFLETTE, « Le point sur la transcription », in P. LECOCQ (sous la dir. de), *Chronique de jurisprudence en droit des biens*, coll. Commission Université-Palais, Liège, Anthemis, 2008, p. 142, n° 17.

¹⁶ N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 270, n° 589.

¹⁷ P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens, Tome 1. Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 225, n° 85.

¹⁸ Sur la condition de l'intérêt légitime, voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 58, n° 156.

¹⁹ E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, p. 111, n° 1.

inscription dans un registre *ad hoc*. L'inscription est même « le seul mode de publicité reconnu par la loi ». Autrement dit, le fait pour un tiers d'avoir connaissance de la constitution de la sûreté ne privera pas ce dernier du droit de se prévaloir du défaut de publicité²⁰. Cette règle ne trouve pas application lorsqu'il est question de mutation immobilière : le tiers qui aurait été au courant de la mutation au moment où son propre droit est né ne pourrait se prévaloir du défaut de transcription de celle-ci²¹.

3. Quelle est la nature juridique des règles relatives à la procédure de publicité (règles d'ordre public de direction) ?

7. Force obligatoire des règles. L'organisation de la publicité foncière touche à l'intérêt général et il ne pourrait être dérogé par des conventions particulières au régime légal. Ainsi, et parce que les contractants ne peuvent porter atteinte à la situation des tiers, les parties ne pourraient-elles écarter le formalisme d'opposabilité ou convenir d'un formalisme d'opposabilité aux tiers des conventions autre que celui institué par le législateur²², mais les tiers protégés par ce formalisme pourraient, eux, renoncer à invoquer son non-respect (voy. *supra*, n° 5) et le juge ne pourrait soulever d'office le moyen pris de l'inopposabilité d'un acte non publié²³. En revanche, l'exception de non-mention marginale des actions tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits résultant d'actes soumis à la transcription est d'ordre public (voy. *infra*, n° 16).

4. En matière de vente d'immeubles, votre droit suit-il le système romaniste ou le contrat suffit-il à transférer la propriété ?

8. Le transfert *solo consensu*. Principe. D'une manière générale, on dit du système belge de cession du droit de propriété qu'il est un système *causal*²⁴ ou encore *moniste*²⁵. *Causal* parce que la cession du droit requiert une cause valable au regard du droit des obligations. Et *moniste* parce que la seule conclusion du contrat opère le transfert du droit ; le droit de propriété est transféré de par la conclusion du contrat, ce qu'exprime l'article 1138 du Code civil en ces termes : « L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier ».

9. Le transfert *solo consensu*. Illustration : le cas de la vente. Fréquemment, le contrat qui opère le transfert de propriété est un *contrat de vente*, à propos duquel le législateur spécifie, à l'article 1583 du Code civil, la règle précitée : « [La vente] est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la

²⁰ *Ibidem*, p. 725, n° 2010.

²¹ N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, op. cit., p. 269, n° 587. Voy. aussi Cass. (1^e ch.), 13 décembre 2002, C.99.0485.N ; *Pas.*, 2002, p. 2412 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 1384, note V. SAGAERT, « Moeten zichtbare erfdiensbaarheden worden overgeschreven in de hypotheecaire registers ? » ; *R.G.D.C.*, 2004, p. 503, note N. VANDEWEERD, « De l'opposabilité des servitudes apparentes aux tiers : une connaissance présumée ? » ; *T. Not.*, 2006, p. 474.

²² E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », op. cit., p. 116, n° 2 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 3, n° 1.

²³ Cass. (1^e ch.), 30 novembre 1956, précité note infrapaginale n° 10.

²⁴ V. SAGAERT, *Goederenrecht*, coll. *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014, p. 709, n° 918.

²⁵ J. DEL CORRAL, « La validité du transfert des biens meubles corporels et son opposabilité aux tiers », *R.G.D.C.*, 2014, p. 3, n° 2.

chose et du prix quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé »²⁶. Cette disposition exprime l'idée que le transfert de propriété, et en principe aussi le transfert des risques, opèrent dès que les parties sont d'accord sur la chose vendue et sur le prix de vente. Il s'agit là des deux *éléments essentiels* de tout contrat de vente, à s'en tenir au texte de la loi. On n'oubliera, cependant, pas que les parties pourraient avoir élevé au rang d'élément essentiel du contrat un élément qui n'a pas été retenu par le législateur comme étant caractéristique du contrat. Un tel élément, par nature accessoire (délai de paiement, lieu de livraison, loi applicable, clause relative au transfert des risques, etc.), peut avoir été « essentialisé » par les parties ; on le qualifie alors parfois d'élément *substantiel*²⁷. En bref, l'accord des parties sur les éléments essentiels et substantiels suffit à former la vente ; les points accessoires seront éventuellement fixés ultérieurement par les parties ; à défaut de précision amiable, la loi, les usages ou l'équité compléteront l'accord²⁸.

Si, en règle, la propriété est transférée par la conclusion du contrat de vente et au moment de cette conclusion, on relève toutefois plusieurs exceptions à ce principe²⁹. En raison de la nature de la chose vendue tout d'abord, le transfert de propriété peut être différé. Ainsi, aura-t-il lieu lors de la spécification³⁰ lorsque la vente porte sur une chose de genre, lors de la venue à existence de la chose lorsque la vente porte sur une chose future ou lors du choix de la chose vendue par l'acheteur lorsqu'il a été conclu une vente alternative (art. 1584, al. 2 et 1189 C. civ.). Le transfert de propriété peut également être retardé conformément à certains usages commerciaux. Ainsi, dans certains secteurs, est-il habituel que le transfert de propriété ait lieu au moment de la délivrance de la chose vendue³¹. Enfin, le transfert de propriété sera retardé lorsque telle aura été la volonté des parties³². Le plus généralement, dans ce cas de figure, les parties font dépendre le transfert de propriété du paiement intégral du prix.

²⁶ Le contrat de vente n'est pas le seul contrat translatif de propriété. Rentrent aussi dans cette catégorie, notamment, le contrat d'échange, à propos duquel le législateur précise : « L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente » (art. 1703 C. civ.), ou encore la donation, à propos de laquelle on lit dans le Code civil : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition » (art. 938 C. civ.). Il faut toutefois préciser que la donation est un contrat solennel qui requiert pour sa parfaite formation l'accomplissement d'une formalité particulière, à savoir l'établissement d'un acte notarié (art. 931 C. civ.).

²⁷ C. DELFORGE, « L'offre de contracter et la formation du contrat (1^{ère} partie) », *R.G.D.C.*, 2004, p. 553, n° 8 ; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. 4, vol. 1, par A. MEINERTZHAGEN-LIMPENS, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 114, n° 56 ; B. TILLEMANS, *Totstandkoming en kwalificatie van de koop*, coll. *Beginnelen van Belgisch Privaatrecht*, Anvers, Kluwer, 2001, p. 30, n° 58 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 156, n° 130.

²⁸ P. VAN OMMESLAGHE, *Traité de droit civil*, t. II, *Les Obligations*, coll. De Page, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 510, n° 325.

²⁹ A. CRUQUENAIRE, C. DELFORGE, I. DURANT et P. WÉRY, *Droit des contrats spéciaux*, Waterloo, Kluwer, 2015, p. \$\$\$, n° 71.

³⁰ Opération matérielle d'individualisation réalisée avec l'intention d'identifier la chose vendue.

³¹ P. VAN OMMESLAGHE, « Les spécificités de la vente commerciale », in B. TILLEMANS et P.-A. FORIERS (sous la dir. de), *De koop/La vente*, Bruges/la Chartre, 2002, p. 281, n° 14 et s. ; L. SIMONT, J. DE GAVRE et P.-A. FORIERS, « Examen de jurisprudence (1981-1991). Les contrats spéciaux », *R.C.J.B.*, 1995, p. 163, n° 32.

³² Les clauses de réserve de propriété font l'objet d'une réglementation spécifique en matière de vente mobilière. Valables entre parties, leur opposabilité aux tiers n'est pas garantie. En effet, en cas de survenance d'une situation de concours affectant l'acheteur (un règlement collectif de dettes par exemple), elles ne sont plus opposables aux tiers, et notamment aux créanciers de l'acheteur (autres que le vendeur). Si la situation de concours est une faillite, l'opposabilité est néanmoins préservée si sont remplies les conditions posées par l'article 101 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites : (1) la clause de réserve de propriété doit avoir été établie par écrit au plus tard au moment de la délivrance des biens vendus ; (2) les biens doivent se retrouver en nature chez l'acheteur au moment de la faillite sans avoir été ni immobilisés, ni confondus à d'autres biens ; (3) les biens doivent être revendiqués avant le dépôt du premier procès-verbal de vérification des créances.

Le régime des clauses de réserve de propriété en matière mobilière sera modifié une fois entrée en vigueur la loi du 11 juillet 2013 modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière, *M.B.* du 2 août 2013, telle que modifiée par la loi du 26 novembre 2014, *M.B.* du 1^{er} décembre 2014. Sur le nouveau régime, voy. notre étude « Le détention et la réserve de propriété, deux sûretés réelles mobilières à part entière », in F. GEORGES (sous la dir. de), *Insolvabilité et garanties*, coll. CUP, Bruxelles, Larcier, 2014, spéc. pp. 63 à 83.

5. Est-ce que le code civil de votre pays donne une définition des tiers ? Est-ce que l'un des éléments consubstantiels au tiers est la bonne foi ? Celle-ci est-elle présumée ?

10. Les tiers protégés par l'article 1^{er} L. hyp. On l'a indiqué ci-dessus : en principe, les conventions sont opposables de plein droit aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui ne sont pas membres du cercle des parties contractantes, pas même par assimilation (voy. *supra*, n° 4). A l'égard de *certaines tiers* toutefois, les conventions, et plus largement les actes juridiques constitutifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ainsi que les actes de renonciation à de tels droits sont inopposables aussi longtemps qu'ils n'auront été transcrits (art. 1^{er} L. hyp. ; note infrapaginale n° 7). Ces tiers sont, dit le législateur, ceux qui auraient contracté sans fraude. Pour comprendre la portée exacte de la règle, il y a lieu de s'entendre sur la notion de « tiers ayant contracté sans fraude » ou encore de « tiers de bonne foi » au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire. Elle ne correspond pas à la notion de tiers lorsque celle-ci est utilisée pour désigner les parties non contractantes.

Concernant tout d'abord la *notion de tiers au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire*, la Cour de cassation en a développé une acception restrictive. Selon une jurisprudence constante, élaborée en 1957, deux catégories de tiers se trouvent être protégés par cet article 1^{er}. D'une part, sont tiers les titulaires d'un droit réel grevant le bien visé par l'acte soumis à transcription, et éventuellement non transcrit, et, d'autre part, les créanciers chirographaires qui ont mis en œuvre leur droit de gage général sur ledit bien³³. Ainsi, ni le titulaire d'un droit de bail grevant l'immeuble ni l'administration fiscale ne sont des tiers protégés par la loi hypothécaire, contrairement à l'acheteur de ce bien (titulaire d'un droit de propriété le grevant), au créancier hypothécaire (titulaire d'une hypothèque le grevant) ou encore au créancier chirographaire qui aurait mis en œuvre son droit de gage général sur l'immeuble visé par l'acte soumis à transcription avant la transcription de l'acte³⁴, par une saisie, un commandement préalable à saisie, voire un exploit de saisie³⁵ ou dont le débiteur aurait été mis en faillite.

Concernant ensuite la *bonne foi*, requise dans le chef du tiers pour invoquer l'inopposabilité à son encontre de l'acte non transcrit, on peut la définir comme l'ignorance de l'existence de l'acte non transcrit³⁶. Inversement, est réputé avoir contracté avec fraude, et donc n'être pas de bonne foi, le tiers qui, en contractant, a eu « connaissance de la convention antérieure de transfert de propriété du bien immobilier³⁷ ». La fraude est donc la connaissance par le tiers de l'acte non-transcrit³⁸. Le texte est largement entendu : sont de bonne foi les tiers qui ignoraient

³³ Cass. (1^e ch.), 8 avril 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 970 ; *R.C.J.B.*, 1958, p. 95, note J. DABIN, « De la signification du mot 'tiers' dans l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (16 décembre 1851), et spécialement de la position du preneur à bail » : « le défaut de transcription des actes translatifs de droits réels immobiliers, dont la transcription est prescrite par l'article 1^{er} de la loi du 16 décembre 1851, a pour conséquence de rendre de tels actes inopposables aux tiers qui ont contracté sans fraude, dans la mesure où ces actes sont de nature à nuire soit aux droits réels que ces tiers possèdent sur les biens immobiliers que lesdits actes concernent, soit aux droits que ces tiers ont mis en œuvre par la poursuite de leur débiteur sur ces biens ». Plus récemment, voy. Cass. (1^e ch.), 13 novembre 2003, C.01.0450.N ; *Pas.*, 2003, p. 1810 ; *R.A.B.G.*, 2004, p. 397 ; *R.W.*, 2005-2006, p. 184 ; *T. Not.*, 2005, p. 219, note J. BYTTEBIER, « Is de huurder een 'derde' in de zin van het artikel 1 Hypotheekwet ? » : « Attendu que, pour le surplus, conformément à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, à défaut de transcription dans le registre à ce destiné du bureau de la conservation des hypothèques, les actes entre vifs translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et hypothèques, sont inopposables aux tiers qui ont contracté sans fraude ; que ces actes sont inopposables aux tiers dans la mesure où ils peuvent nuire, soit aux droits réels dont les tiers disposent sur les biens faisant l'objet desdits actes, soit aux droits que les tiers ont poursuivis sur ces biens à l'égard de leur débiteur ».

³⁴ Cass. (1^e ch.), 23 mars 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 783.

³⁵ E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la transcription », *op. cit.*, p. 233, n° 370.

³⁶ N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 272, n° 597 ; S. BOUFFLETTE, « Le point sur la transcription », *op. cit.*, p. 145, n° 21. En jurisprudence, voy. Gand (1^e ch.), 12 novembre 2009, *T. Not.*, 2010, p. 254.

³⁷ Cass. (1^e ch.), 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 600.

³⁸ F. BAUDONCQ, « Dubbele verkoop », *N.j.W.*, 2004, p. 1127, n° 4 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 53, n° 147.

l'existence de la convention antérieure au moment de la naissance de leur droit, alors même qu'ils n'auraient pas contracté avec le propriétaire de l'immeuble³⁹. Le concours entre l'acheteur d'un immeuble et la masse des créanciers du vendeur failli est ainsi réglé par application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire⁴⁰.

La connaissance dont ici question est une connaissance effective⁴¹, la bonne foi requise par la loi hypothécaire étant subjective⁴², qui doit s'apprécier au moment où naît le droit du tiers, ce droit étant soit un droit réel⁴³ soit un droit de créance⁴⁴. Si le législateur écarte le tiers « fraudeur » du régime de l'inopposabilité prévu à l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, c'est parce qu'il ne sert à rien de protéger – par une mesure de publicité – celui qui sait.

On précisera encore que la bonne foi est présumée. Si un tiers invoque donc l'inopposabilité d'un acte compte tenu de l'absence de transcription, c'est celui qui invoque l'acte non transcrit qui devra établir la mauvaise foi du tiers, s'il veut écarter l'argument tenant à l'inopposabilité de l'opération. La mauvaise foi est un fait, qui s'établit par toutes voies de droit.

11. La publicité, instrument de règlement des conflits de droits en matière immobilière⁴⁵.

Dans le système belge, qui est *déclaratif*, la publicité a pour fonction de rendre les actes opposables aux tiers *protégés* : elle fixe la date d'opposabilité aux tiers de l'acte. Aux termes de l'article 1^{er} L. hyp. : « Jusqu'à la transcription, les actes ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude⁴⁶ ».

³⁹ P. WÉRY, « L'adage *prior tempore potior iure* : principe général de droit ou simple brocard ? », in *Le temps et le droit. Hommage au professeur Closset-Marchal*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 640, n° 6.

⁴⁰ Cass. (1^{er} ch.), 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 803.

⁴¹ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi, en général, et de la fraude, en particulier*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 659.

⁴² E. DIRIX et R. DE CORTE, *Zekerheidsrechten*, 5^e éd., Malines, Kluwer, 2006, p. 109, n° 133 ; Ch.-A. LEUNEN (et mise à jour législative par F. GEORGES), « Des hypothèques », in *Privilèges et hypothèques – Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine. IV. Hypothèques. A. Organisation hypothécaire*, Kluwer, suppl. 13, 28 octobre 2003, p. 199 ; A. VAN OEVELEN, « De zgn. 'subjectieve' goede trouw in het Belgische materiële privaatrecht (in het bijzonder in de materies die het notariaat aangehen) », *T.P.R.*, 1990, p. 115, n° 22.

⁴³ Cass. (1^{er} ch.), 13 avril 1995, *Rev. not. b.*, 2003, p. 278 : « Pour être réputé avoir contracté avec fraude au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851, le tiers doit, en contractant, avoir eu connaissance de l'existence de la convention antérieure de transfert de propriété du bien immobilier. Cette connaissance doit être appréciée au moment de la naissance du droit de ce tiers, c'est-à-dire à la date qui, selon les constatations de l'arrêt, est celle à laquelle est intervenue le compromis de vente entre le vendeur et le tiers ».

⁴⁴ Cass. (1^{er} ch.), 21 janvier 1932, *Pas.*, 1932, I, p. 42 (hypothèse d'un créancier considéré individuellement). Lorsqu'un curateur invoque l'inopposabilité d'un acte non transcrit antérieur à la faillite, la bonne foi s'apprécie au moment du jugement déclaratif de faillite. Cass. (1^{er} ch.), 5 mars 1982, *Pas.*, 1982, I, p. 803 ; Bruxelles (3^e ch.), 15 juillet 1998, *J.T.*, 1999, p. 558. La condition de bonne foi n'est donc pas remplie lorsqu'il est établi qu'au jour de l'ouverture de la faillite, tous les créanciers étaient au courant de l'opération non transcrite. En doctrine, voy. M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 56, n° 150. En jurisprudence, voy. Bruxelles (8^e ch.), 10 novembre 1999, *R.W.*, 2000-2001, p. 243.

⁴⁵ En matière mobilière, on consultera l'article 1141 C. civ. : « Si la chose qu'on s'est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement, est purement mobilière, celle des deux qui en a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi ».

⁴⁶ Pour ce qui concerne les *baux*, on notera toutefois que le législateur prévoit une sanction particulière en cas d'absence de transcription : les baux non transcrits verront leur durée opposable réduite conformément à l'article 595 C. civ. (« Les baux que l'usufruitier seul a faits pour un temps qui excède neuf ans ne sont, en cas de cessation de l'usufruit, obligatoires à l'égard du nu-propriétaire, que pour le temps qui reste à courir, soit de la première période de neuf ans si les parties s'y trouvent encore, soit de la seconde et ainsi de suite, de manière que le preneur n'ait que le droit d'achever la jouissance de la période de neuf ans où il se trouve »). Que l'inopposabilité des baux non transcrits ne soit que partielle s'explique par le fait que les baux de neuf ans maximum sont, eux, opposables aux tiers sans mesure particulière de publicité.

Si l'on comprend aisément comment le renvoi à l'article 1429 C. civ. trouvera à s'appliquer en présence d'un bail de plus de neuf ans, l'application paraît moins évidente en présence d'un bail non transcrit contenant une quittance de loyers d'au moins trois ans (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, vol. I, *op. cit.*, p. 545, n° 614). Pour certains un tel bail sera purement et simplement inopposable aux tiers ; pour d'autres seule la quittance sera inopposable aux tiers ; pour d'autres enfin, il serait plus rationnel que la quittance anticipative soit réduite par similitude avec ce qui est dit des baux de plus de neuf ans non transcrits, c'est-à-dire soit réduite au reste du temps restant à courir de la période de trois ans au cours de laquelle survient le litige (J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, vol. I, *op. cit.*, p. 545, n° 614 ; E. GENIN, « Traité des hypothèques et de la

Puisque c'est la publicité qui rend opposables aux tiers protégés les constitutions ou transferts de droits réels, la conséquence en est que la publicité devient l'instrument de règlement des conflits de droits réels en lieu et place de la règle *nemo plus juris ad alium transfere potest quam ipse habet*. L'adage selon lequel on ne peut transférer plus de droits qu'on en a est écarté au profit de la règle de publicité. En règle, la préférence sera donnée au droit publié ou à celui qui est publié en premier lieu en cas de conflit, sans égard à la date de conclusion du *negotium*.

Ainsi, lorsqu'un même bien immobilier est l'objet de deux ventes successives, le conflit opposant les acquéreurs de ce bien pourra tourner à l'avantage du deuxième acquéreur en date. Prenons l'exemple suivant : X est propriétaire d'un bien immeuble qu'il vend à A le 1^{er} avril et à B le 15 avril. Deux cas de figure peuvent alors se présenter⁴⁷.

1^{er} cas de figure : B est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignorait l'existence de la première vente au moment où il a contracté avec X

1^{er} sous-cas : la vente X-B a été transcrite avant la vente X-A ou bien la vente X-B a été transcrite alors que la vente X-A ne l'a pas été ; dans cette hypothèse, le conflit entre A et B tournera à l'avantage de B⁴⁸. En effet, la date d'opposabilité aux tiers de la vente X-B est antérieure à la date d'opposabilité aux tiers de la vente X-A ou bien la vente X-B est opposable aux tiers alors que ne l'est pas la vente X-A⁴⁹. A disposera d'un recours contre X fondé sur la garantie que doit le vendeur à son acheteur en raison de l'éviction du fait d'un tiers, à savoir B (art. 1626 C. civ.).

2^e sous-cas : la vente X-A a été transcrite avant la vente X-B ou bien la vente X-A a été transcrite alors que la vente X-B ne l'a pas été ; dans cette hypothèse, le conflit entre A et B tournera à l'avantage de A. En effet, la date d'opposabilité aux tiers de la vente X-A est antérieure à la date d'opposabilité aux tiers de la vente X-B ou bien la vente X-A est opposable aux tiers alors que ne l'est pas la vente X-B.

3^e sous-cas : aucune des deux ventes n'a donné lieu à transcription. Dans ce cas, on revient à la règle de l'antériorité : le premier qui acquies le bien l'emportera en vertu de l'adage *nemo plus juris*. Néanmoins, les dates des actes ne feront foi envers les tiers que si elles sont

transcription », *op. cit.*, p. 172, n° 196). C'est cette voie qu'a choisie la Cour de cassation dans un arrêt du 30 novembre 1854 : « l'on ne peut conclure du silence qu'il garde au sujet des baux qui contiennent quittance d'au moins trois années de loyer, que ces derniers ne doivent pas également subir la réduction dont la conséquence nécessaire ressort pour eux de la disposition qui les concerne dans l'article 1^{er}, ... » (Cass. (1^e ch.), 30 novembre 1854, *Pas.*, 1855, I, p. 51, précédé des conclusions conformes du proc. gén. LECLERCQ).

⁴⁷ F. BAUDONCQ, « Dubbele verkoop », *op. cit.*, spéc. pp. 1126 à 1129 ; P.-P. RENSON, « La propriété immobilière », *Rép. not.*, t. II, livre II², Bruxelles, Larcier, 2014, spéc. pp. 79 et 80, n° 45.

⁴⁸ Selon R. Jansen, dans pareille hypothèse, B tire en fait son droit de propriété non pas de son vendeur X, mais directement de la loi (art. 1^{er} L. hyp.) Voy. R. JANSSEN, « Sancties en remedies bij een dubbele verkoop van onroerende goederen », note sous Cass. (1^e ch.), 31 janvier 2008, C.07.0217.N ; *R.W.*, 2008-2009, p. 575, n° 4.

⁴⁹ Cette solution s'applique même si le deuxième compromis en date n'a pas date certaine au sens de l'article 1328 C. civ. Sur cette question, voy. N. VERHEYDEN-JEANMART et I. DURANT, « La preuve de la bonne foi au regard de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire et l'application de l'article 1328 du Code civil », in *Droit de la preuve*, Liège, Formation permanente CUP, vol. XIX, Octobre 1997, pp. 139 à 165, spéc. pp. 151 et s. L'enseignement de la Cour de cassation peut être résumé comme suit : lorsque, pour apprécier la bonne foi au sens de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire, le second acquéreur doit prouver le moment auquel il a contracté avec le vendeur, l'écrit qui constate la vente et lie le vendeur au second acquéreur ne doit pas avoir date certaine et ce, même si le litige concerne et intéresse un premier acquéreur (Cass. (1^e ch.), 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 600 et 13 avril 1995, *Rev. not. b.*, 2003, pp. 278). Cette solution est justifiée par le fait que, dans ces cas de figure, il est question d'apprécier la bonne foi d'un contractant et non pas l'antériorité d'une opération juridique par rapport à une autre opération.

certaines au sens de l'article 1328 C. civ.⁵⁰. Par conséquent, il se pourrait que ce soit le deuxième acheteur, chronologiquement parlant, qui se prévale de la meilleure date⁵¹.

2^e cas de figure : B est de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il a contracté avec X alors qu'il était au courant de la première mutation immobilière

Celui qui avait connaissance d'une mutation non transcrite au moment où lui-même a négocié ne peut se plaindre d'un défaut de transcription qui ne lui aurait rien appris de plus que ce qu'il connaissait déjà. Les actes non publiés mais connus des tiers leur sont donc opposables⁵².

Concrètement, A l'emportera en toutes hypothèses si B était de mauvaise foi au moment où il a contracté⁵³. *Mala fides superveniens non nocet*. La mauvaise foi doit être prouvée par celui qui s'en prévaut. Elle peut être rapportée par toutes voies de droit.

6. Outre le droit réel de propriété, la publicité foncière est-elle créatrice de droits réels de garantie comme l'hypothèque, l'antichrèse, le gage réel immobilier, la fiducie, etc. ?

12. L'opposabilité aux tiers des droits réels immobiliers démembrés et des sûretés immobilières. Pas plus qu'elle ne l'est à l'égard du droit de propriété, la publicité foncière n'est créatrice des droits réels démembrés ou accessoires. En revanche, l'opposabilité aux tiers des actes constitutifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers démembrés dépendra de l'accomplissement de la formalité de transcription, mieux décrite ci-dessus, par application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (voy. note infrapaginale n° 7)⁵⁴. En ce qui concerne les hypothèques et autres privilèges immobiliers⁵⁵, c'est l'accomplissement de la formalité d'inscription prévue par cette loi qui rend la sûreté opposable aux tiers et notamment aux autres créanciers du débiteur.

7. Quels sont les effets du droit de propriété et des droits réels de garantie : erga omnes, res inter alios acta, aucun ?

13. Les droits réels et les droits personnels, deux catégories de droits subjectifs. Même si les critères de classification sont l'objet de discussion, il est classique d'opposer aux droits de créance les droits réels et, par ailleurs, de faire rentrer dans cette deuxième catégorie le droit

⁵⁰ Art. 1328 C. civ. : « Les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire ».

⁵¹ F. BAUDONCQ, « Dubbele verkoop », *op. cit.*, p. 1126, n° 3.

⁵² Cass. (1^e ch.), 13 décembre 2002, précité note infrapaginale n° 21.

⁵³ Cass. (1^e ch.), 21 février 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 600 ; 13 avril 1995, *Rev. not. b.*, 2003, pp. 278.

⁵⁴ Pour un cas d'application en matière de servitude, voy. Cass. (1^e ch.), 25 février 2010, C.09.0022.N ; *R.G.D.C.*, 2014, p. 13, note K. SWINNEN, « De afdwingbaarheid van erfdiensbaarden na overdracht van het heersend en het lijdend erf : harmonieus samenspel van accessorieteit, het volgrecht en hypothecaire overschrijving ». Selon la Cour, lorsqu'un acte établissant une servitude est transcrit, l'acquéreur du fonds dominant peut s'en prévaloir, encore l'acte de vente n'en ferait-il pas mention.

Voy. aussi Cass. (1^e ch.), 13 décembre 2002, précité note infrapaginale n° 21 : le tiers qui a eu connaissance d'une servitude apparente au moment où il acquiert le bien qui en est grevé ne peut se prévaloir du défaut de transcription de l'acte constitutif de cette servitude.

⁵⁵ L'*antichrèse*, nantissement d'une chose immobilière, réglementé par le Code civil aux articles 2085 à 2089, est tombée en désuétude. Cette forme de sûreté a du reste été abrogée par la réforme du droit des sûretés réelles (voy. note infrapaginale n° 32), réforme non encore entrée en vigueur à ce jour. Le *gage* est, en droit belge, une sûreté mobilière. Actuellement, il s'agit d'un contrat réel, opposable aux tiers « qu'autant que ce gage a été mis et est resté en possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties » (art. 2076 C. civ.). Une fois que sera entrée en vigueur la réforme précitée, on distinguera deux types de gage : des gages sans dépossession et des gages avec dépossession, en toutes hypothèses des sûretés mobilières. Dans le premier cas, l'opposabilité aux tiers de la sûreté dépendra de l'inscription du gage dans un registre *ad hoc*, un registre unique et informatisé (on parlera de gage de registre).

de propriété, en sus du nantissement et de l'hypothèque (deux sûretés réelles), ainsi que des démembrements de la propriété (usufruit, usage, habitation, emphytéose, superficie et servitudes).

On distingue souvent le droit personnel du droit réel en présentant le premier comme un droit relatif et le second comme un droit absolu⁵⁶. Il ne faut toutefois pas se méprendre sur la portée de ces qualifications. Si le droit personnel est dit relatif, c'est parce qu'il ne crée d'obligations qu'à charge du débiteur, mais on sait que les tiers doivent respecter le fait que constitue l'existence de l'obligation (voy. *supra*, n° 4). Quant aux droits réels, ils ne sont en réalité pas en eux-mêmes opposables aux tiers ; ce qui les rend opposables aux tiers c'est le respect d'un formalisme publicitaire⁵⁷.

On dit aussi souvent que le droit personnel crée un lien entre deux (ou plusieurs) personnes, tandis que le droit réel établit un lien entre un sujet de droit et une chose. Sur ce point également, il faut éviter toute méprise. Qui dit droit réel dit aussi, souvent, existence d'un lien de droit entre plusieurs sujets, le droit de propriété constituant à cet égard une notable exception⁵⁸.

8. Quel est le rôle du notaire dans la transaction ?

14. Le notaire et la formation des contrats solennels. Schématiquement, on peut dire qu'en matière de *droit des contrats*, le notaire intervient dans deux types de situation. D'une part, certains contrats, que l'on qualifie de *contrats solennels* (et non consensuels), ne sont parfaitement formés que s'ils sont coulés dans la forme ou l'une des formes prévues par la loi, celle-ci pouvant être, aux termes de certaines dispositions, la forme notariée. Ainsi en va-t-il des donations⁵⁹ et des hypothèques⁶⁰. Mais le rôle du notaire se comprend aussi compte tenu des règles d'opposabilité.

15. Le notaire et l'opposabilité des contrats. Lorsque l'opposabilité aux tiers dépend d'un formalisme – transcription ou inscription selon les cas –, le rôle du notaire s'explique au vu des exigences posées par la loi hypothécaire. Ainsi, et pour s'en tenir à la transcription, selon les premiers termes de l'article 2 de la loi, « Les jugements, les actes authentiques et les actes sous seing privé, reconnus en justice ou devant notaire, seront seuls admis à la transcription ». Autrement dit, de simples actes sous seing privé ne peuvent être présentés à la formalité de la transcription. Cette règle est justifiée par des impératifs de sécurité juridique⁶¹. Comme l'écrit M. Grégoire, « (...) transcrire consiste à copier l'acte et (...), 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

⁵⁶ La C.J.C.E. a précisé que la différence entre un droit réel et un droit personnel réside dans le fait que le premier, grevant un bien corporel, produit ses effets à l'égard de tous tandis que le deuxième ne peut être invoqué que contre le débiteur (C.J.C.E., 9 juin 1994, *Lieber/Gobel, Rec.*, 1994, p. I-2535). Pour une application de ce principe, voy. Bruxelles, 6 juin 2005, *Res jur. imm.*, 2006, p. 55.

⁵⁷ V. SAGAERT, *Goederenrecht, op. cit.*, spéc. pp. 7 à 9.

⁵⁸ A moins de sortir le droit de propriété de la catégorie des droits réels, comme le font ceux qui considèrent comme absurde l'idée qu'un lien juridique direct puisse être établi entre un sujet de droit et une chose : un lien juridique ne pourrait unir que deux personnes et non pas une personne et une chose et aucun droit subjectif – réel ou personnel – ne pourrait être conçu en dehors de l'idée d'un rapport aux autres. Pour M. Fabre-Magnan par exemple, le droit de propriété ne serait pas un droit réel (M. FABRE-MAGNAN, « Propriété, patrimoine et lien social », *R.T.D. civ.*, 1997, p. 585, n° 3).

⁵⁹ Art. 931 C. civ. : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats ; et il en restera minute sous peine de nullité ».

⁶⁰ Art. 76, al 1^{er} L. hyp. : « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte authentique ou par acte sous seing privé reconnu en justice ou devant notaire ».

⁶¹ N. BERNARD, *Précis de droit des biens, op. cit.*, p. 268, n° 586.

sécurité. En effet, l'acte authentique fait pleine foi de toute la convention qu'il contient et de sa date⁶² ».

Puisque les actes constitutifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ne sont opposables aux tiers qu'une fois transcrits et que ne peuvent être transcrits – nous simplifions l'article 2 précité – que des actes authentiques, les parties ne pourront se contenter d'une vente établie par acte sous seing privé. Il est important, pour des raisons d'opposabilité aux tiers, qu'un acte authentique soit dressé. À ce sujet, la Cour de cassation indique que « Le contrat de vente implique pour les parties l'obligation de collaborer à la passation de l'acte authentique et ce en vue de sa transcription dans le registre à ce destiné au bureau de la conservation des hypothèques conformément à l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851⁶³ ». Si une partie devait refuser de collaborer, l'autre pourrait la citer en justice en vue de la voir condamnée à se présenter chez le notaire et, pour le cas où elle ne se plierait pas à la condamnation, en vue d'obtenir que le jugement tienne lieu de titre pouvant être transcrit par application de l'article 2 de la loi. On parle d'une action en passation d'acte authentique.

On dira encore que les notaires qui sont chargés de donner l'authenticité aux actes sujets à transcription sont, en règle, tenus, sous peine de voir engagée leur responsabilité civile, de requérir la formalité dans les quinze jours de leur date (art. 2 L. hyp.) et que, depuis le 1^{er} janvier 2015, les actes et annexes présentés au conservateur doivent l'être sous une forme dématérialisée⁶⁴.

9. La publicité foncière joue-t-elle un rôle en matière judiciaire ? Peut-on publier un jugement pour placer un bien hors du marché ?

16. Publicité foncière et procédures judiciaires. Exposant les lignes directrices du régime de la publicité foncière, il nous paraît important de mentionner l'article 3 de la loi hypothécaire. Peut-être la neuvième question nous y invite-t-elle. Selon cette disposition légale, « Aucune 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 de la transcription du titre de l'acquisition dont l'annulation ou la révocation est demandée et, le cas échéant, en marge de la transcription du dernier titre transcrit ». Lue de façon extensive, la disposition vise toute demande tendant à l'anéantissement de droits résultant d'actes soumis à transcription (action en nullité, action en résolution, action en rescision d'une vente immobilière, action en réduction d'une donation immobilière, action en suppression d'une servitude conventionnelle, action en déchéance d'un usufruit immobilier, action paulienne⁶⁵, etc.)⁶⁶, encore faut-il que l'acte ait effectivement été transcrit ou ait été susceptible de l'être⁶⁷. L'objectif de la disposition est, en effet, de protéger les tiers qui pourraient être trompés par une transcription⁶⁸.

⁶² M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, op. cit., p. 31, n° 88.

⁶³ Cass. (1^{er} ch.), 31 janvier 2008, C.07.0217.N ; *Pas.*, 2008, p. 309 ; *T.B.O.*, 2008, p. 36 ; *R.W.*, 2008-2009, p. 573, note R. JANSEN, « Sancties en remedies bij een dubbele verkoop van onroerende goederen ».

⁶⁴ A.R. du 14 mars 2014 portant réglementation de la présentation à la formalité de l'enregistrement et à la publicité hypothécaire d'actes de certains fonctionnaires instrumentant, pris notamment en exécution de l'art. 144 L. hyp.

⁶⁵ Cass. (1^{er} ch.), 25 octobre 2001, C.99.0038.N ; *Pas.*, 2001, p. 1706 ; *J.T.*, 2003, p. 858 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 940.

⁶⁶ P. LECOQ, *Manuel de droit des biens, Tome 1. Biens et propriété*, op. cit., p. 228, n° 86.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 231, n° 87. Voy. aussi C.E. (10^e ch.), 29 juin 2004, n° 133.286, *T.R.O.S.*, 2005, p. 141, note K. BYTTEBIER, « Toepassing van artikel 3 van de Hypotheekwet op nietigheidsvorderingen van rangschikkingsbesluiten die zelf op grond van bijzondere regelgeving aan een verplichting tot overschrijving onderworpen zijn ».

⁶⁸ Voy. C.E. (10^e ch.), 29 juin 2004, précité note infrapaginale n° 67.

Comme le rappelle la Cour de cassation, l'inscription en marge « vise à permettre aux tiers de s'informer sur l'annulation éventuelle de certains droits résultant des actes concernés⁶⁹ ». L'exception de non-inscription marginale est d'ordre public⁷⁰. Saisi d'une demande tombant dans le champ d'application de l'article 3, le juge est, par ailleurs, tenu d'en vérifier le respect⁷¹, mais si aucune des parties au litige n'a invoqué cette disposition, le juge ne sera pas tenu de constater dans sa décision l'absence de violation⁷², celle-ci, précisons-le, n'ayant « d'autre effet, à l'égard de la demande déjà introduite, que d'empêcher qu'il soit statué sur la demande aussi longtemps que l'inscription en marge de la transcription desdits actes n'aura pas été effectuée⁷³. »

Si la partie dont la demande est soumise à une inscription ne procède pas à la régularisation requise, le juge doit en principe la déclarer irrecevable, mais il ne peut prononcer cette irrecevabilité qu'après lui avoir permis de remplir son obligation⁷⁴. La décision d'irrecevabilité pourra être suivie de l'introduction d'une nouvelle demande⁷⁵.

10. Quelle est la place du tiers au regard de la publicité foncière lorsqu'une mesure judiciaire affecte son titre de propriété ? Votre droit envisage-t-il le cas du tiers de bonne foi ?

17. Principe de dissolution *ex tunc* des contrats. La dixième question est peut-être l'occasion de pointer les effets juridiques de l'anéantissement des conventions. Lorsqu'un contrat est annulé ou résolu par décision de justice, le principe est que les droits concédés au profit d'un tiers sur le bien qui faisait l'objet du contrat disparaissent avec effet rétroactif. La dissolution du lien contractuel affecte donc les droits des tiers : droit réel et droit de créance consentis par le bénéficiaire du contrat anéanti disparaissent. Les tiers peuvent toutefois se trouver protégés par certains mécanismes. Ainsi, en matière mobilière, la possession de bonne foi par le tiers (sous-)acquéreur du bien concerné par l'anéantissement vaut titre irrévocable de propriété (art. 2279 C. civ.). En matière immobilière, une possession pendant dix à vingt ans, selon les cas, permet au possesseur de bonne foi d'invoquer la prescription acquisitive (art. 2265 C. civ.)⁷⁶.

11. L'acquisition des biens par un tiers peut-elle être attaquée par des actions en rescision ou en nullité, ou par l'action paulienne ?

18. L'action en nullité. Mode dérivé d'acquisition de la propriété, le contrat peut être entaché, lors de sa formation, d'un défaut. Il est alors susceptible d'être annulé par le juge. Aussi longtemps que l'annulation n'aura été prononcée, par le juge, le contrat subsistera dans l'ordre juridique. Il est classique de distinguer deux types de nullité, les nullités relatives et les

⁶⁹ Cass. (1^e ch.), 5 janvier 2012, C.10.0698.N ; *Pas.*, 2012, p. 20 ; *R.C.D.I.*, 2012, p. 19 ; *R.D.J.P.*, 2012, p. 120 ; *Ius & Actores*, 2012, p. 79 ; *R.G.D.C.*, 2013, p. 269 (l'espèce concernait une demande de modification de la répartition des charges telle qu'établie dans les statuts d'une copropriété, statuts ayant été transcrits sur le registre du bureau des hypothèques puisqu'ils établissent le statut réel de la copropriété).

⁷⁰ *Ibidem*. Voy. aussi C.E. (10^e ch.), 29 juin 2004, précité note infrapaginale n° 67.

⁷¹ Cass. (1^e ch.), 20 avril 2001, C.99.0130.N ; *Pas.*, 2001, p. 650 ; *A.J.T.*, 2001-2002, p. 681 ; *R.W.*, 2002-2003, p. 542 ; *R.G.D.C.*, 2003, p. 439, note S. JACMAIN, « Portée de l'article 3, alinéa premier de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851 ».

⁷² M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière. Sûretés réelles et privilèges*, *op. cit.*, p. 68, n° 175.

⁷³ Cass. (1^e ch.), 17 février 1984, *Pas.*, 1984, I, p. 706.

⁷⁴ Cass. (1^e ch.), 5 janvier 2012, précité note infrapaginale n° 69.

⁷⁵ Cass. (1^e ch.), 5 décembre 2014, C.14.0196.N.

⁷⁶ Voy. p. ex. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 343 à 345, n° 351 à 355 et pp. 641 et 642, n° 682 à 685.

nullités absolues, certains défauts dans la formation du contrat étant sanctionnés d'une nullité relative, alors que d'autres, jugés plus graves, sont sanctionnés de nullité absolue.

Sans entrer dans plus de détails, on indiquera que sont causes de nullité absolue les contrariétés de l'objet ou de la cause du contrat (ou d'une clause du contrat) à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. En revanche sont, par exemple, causes de nullité relative, les vices de consentement, l'incapacité des parties, l'indétermination de l'objet, la violation d'une norme impérative, etc.⁷⁷.

Alors qu'une cause de nullité relative ne peut être soulevée que par la partie contractante protégée par la norme violée (parfois, les deux parties sont protégées), l'annulation d'un contrat affecté d'une cause de nullité absolue peut être poursuivie en justice par toute personne intéressée, partie contractante ou tiers au contrat.

19. L'action en rescision. L'action en rescision est une forme d'action en nullité que le législateur réserve à quelques situations clairement identifiées. Le plus souvent, et tel n'est pas le cas de l'action en nullité, l'action en rescision permet à la personne assignée de proposer le paiement d'un complément de prix, évitant ainsi l'anéantissement de l'acte entaché du défaut. Tel est le cas en présence d'une vente immobilière lésionnaire (art. 1674 à 1685 C. civ.). Lorsque le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il peut demander que la vente soit rescindée, nonobstant toute clause contraire, hormis dans l'hypothèse où la vente a été et ne pouvait être qu'une vente judiciaire. L'action doit être introduite par le vendeur contre l'acheteur dans un délai de deux ans à compter de la vente. Elle fait l'objet d'une mention en marge de l'acte d'acquisition du bien. Si la vente devait être rescindée, les droits réels consentis sur le bien par l'acquéreur disparaîtraient – de même du reste, encore que la question soit parfois discutée, que les droits personnels – et le vendeur pourrait revendiquer l'immeuble entre les mains de l'acquéreur ou du tiers possesseur. Une nuance doit toutefois être apportée à cette règle. En effet, l'article 1681 du Code civil dispose que : « Dans le cas où l'action en rescision est admise, l'acquéreur a le choix ou de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé, ou de garder le fonds en payant le supplément du juste prix, sous la déduction du dixième du prix total. Le tiers possesseur a le même droit, sauf sa garantie contre son vendeur ».

20. L'action paulienne. Dérogation légalement prévue à l'opposabilité de principe aux tiers des conventions (voy. *supra*, n° 4), l'action paulienne permet aux créanciers « en leur nom personnel, [d']attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits » (art. 1167 C. civ.). Intentée contre le *tiers* qui a contracté avec le débiteur, elle tend à ce que le juge déclare *inopposable* au créancier, demandeur à l'action, un acte juridique qui aurait été conclu par ces tiers et débiteur en fraude des droits dudit créancier (une vente à un prix fort bas, l'apport en société d'un immeuble, une donation, etc.). Devrait-elle être déclarée fondée, l'action aurait pour effet, non pas l'annulation de l'acte juridique frauduleux, mais son *inopposabilité* au *créancier demandeur*. Comme le dit la Cour de cassation – l'arrêt concernait l'hypothèse spécifique de la faillite –, « lorsque l'action paulienne aboutit, l'acte attaqué est inopposable à la masse des créanciers, mais demeure valable dans les rapports entre le débiteur et celui qui a traité avec lui ; qu'elle n'a donc pas pour effet de mettre l'acte à néant pour cause de nullité⁷⁸ ».

⁷⁷ Pour plus de détails, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, op. cit., p. 317, n° 325.

⁷⁸ Cass. (1^{er} ch.), 11 février 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 162 ; *J.T.*, 1993, p. 460 ; *F.J.F.*, 1993, p. 423 ; *Rev. not. b.*, 1993, p. 216, note ; *Rec. gén. enr. not.*, 1993, p. 257, note A. CULOT ; *R.W.*, 1993-1994, p. 123. Dans l'hypothèse spécifique d'une action paulienne introduite en cas de faillite, ce sont tous les créanciers qui bénéficient de l'inopposabilité si l'action est déclarée fondée, que leurs droits soient antérieurs ou postérieurs à l'acte frauduleux. Voy. aussi Cass. (1^{er} ch.), 13 mars 2015, C.14.0415.N, qui justifie la solution par le fait que l'action paulienne introduite après la survenance de la faillite du débiteur

L'inopposabilité peut être analysée comme une forme de réparation en nature de la fraude commise par le tiers, celle-ci étant analysée comme une faute aquilienne. L'action paulienne est une application de la responsabilité aquilienne⁷⁹. Si une telle réparation en nature ne devait plus être possible, la réparation par équivalent prendrait le relais, ce que dit la Cour de cassation, dans l'hypothèse classique où l'acte frauduleux consistait dans une vente : « attendu que l'action paulienne tend à réparer le dommage que l'appauvrissement frauduleux du débiteur a causé au créancier ; qu'en matière de vente d'un bien par un débiteur à un tiers, la réparation du dommage consiste en principe à rendre la vente inopposable au créancier qui agit en justice de manière à lui permettre de procéder à l'exécution sur le bien vendu ; que si ce mode de réparation n'est plus possible, le créancier peut réclamer la réparation au tiers complice du dommage subi ; que le juge ne peut déterminer d'office le mode de réparation⁸⁰ »⁸¹.

On dira encore, à propos de l'action paulienne, qu'elle doit rencontrer *plusieurs conditions* pour être déclarée fondée : (1) le créancier préjudicié doit être titulaire d'une créance née antérieurement à la commission de l'acte frauduleux⁸², et exigible au moment de l'introduction de l'action ; (2) le créancier doit avoir subi un préjudice, à savoir l'impossibilité ou la grande difficulté à obtenir le paiement de sa créance, en raison de l'acte frauduleux ; (3) le débiteur doit avoir eu un comportement frauduleux, en ce sens qu'il doit avoir accompli un acte qui ne se justifiait pas normalement eu égard aux conséquences préjudiciables qu'il a emportées pour ses créanciers⁸³ ; (4) le débiteur doit s'être appauvri en raison d'un acte juridique ; (5) le tiers contractant du débiteur doit avoir été complice de la fraude, à tout le moins lorsque l'acte frauduleux, tel une vente, est un acte à titre onéreux ; il doit donc avoir été de mauvaise foi ou encore fautif, en ce sens qu'il a dû participer à l'appauvrissement du créancier alors qu'il savait qu'il en résulterait une insolvabilité du débiteur vis-à-vis de ce dernier⁸⁴.

12. Le tiers de bonne foi, victime d'une fausse information donnée par le registre de publicité foncière, est-il protégé ?

21. L'action paulienne. Le conservateur des hypothèques est tout à la fois officier public et comptable de l'Etat dont il n'est ni un organe ni un préposé. Il agit sous sa responsabilité personnelle. Conformément à l'article 128 L. hyp. : « [Les conservateurs des hypothèques] sont responsables du préjudice résultant :

tend à reconstituer, au profit de tous les créanciers, le patrimoine du failli ou encore à obtenir la réparation d'un préjudice collectif. Après la survenance de la faillite, il n'est du reste plus possible pour un créancier agissant à titre individuel d'engager ou de poursuivre une action paulienne.

⁷⁹ Ce qui explique que lui soit applicable le délai de prescription des actions en responsabilité extracontractuelle fixé à l'article 2262*bis* C. civ., soit cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu, effectivement dit la Cour, connaissance du dommage et de l'identité de la personne responsable (Cass. (1^o ch.), 26 avril 2012, C.11.0143.N ; R.W., 2012-2013, p. 944).

⁸⁰ Cass. (1^o ch.), 25 octobre 2001, précité note infrapaginale n^o 65.

⁸¹ Le bien ne pourra notamment être revendiqué par le créancier lorsqu'il aura été cédé à titre onéreux, par le tiers complice, à un sous-acquéreur de bonne foi. Sur le sort de l'action paulienne lorsque le tiers fraudeur a consenti sur le bien un droit réel au profit d'un tiers sous-acquéreur ou d'un tiers créancier hypothécaire, voy. F. TOP, « De pauliaanse vordering kan in beginsel geen afbreuk doen aan de rechten van derden te goeder trouw verkregen op het door die vordering geviseerde onroerend goed », *T. Not.*, 2006, pp. 175 à 193.

⁸² Sauf toutefois dans le cas où l'acte frauduleux a été posé dans le but précis de nuire à des créanciers futurs. Sur ce point, voy. S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », *op. cit.*, p. 226, n^o 59.

⁸³ I. BANMEYER, « L'action paulienne et la tierce complicité : points de contact », in P. WÉRY (sous la coord. de), *La théorie générale des obligations*, Formation permanente CUP, vol. XXVII, 1998, p. 252, n^o 6.

⁸⁴ Sur l'action paulienne et ses conditions d'application, on consultera S. STIJNS, « Les contrats et les tiers », *op. cit.*, spéc. pp. 221 à 230 ; P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. 1, *Théorie générale du contrat*, *op. cit.*, pp. 872 à 876.

- 1° de l'omission, sur leurs registres, des transcriptions d'actes soumis à cette formalité, et des inscriptions requises en leurs bureaux ;
- 2° du défaut de mention, dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des transcriptions ou inscriptions existantes, à moins que l'erreur ne provienne de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées ».

ANNEXE

Code civil, livre II, titre XVIII Des privilèges et hypothèques Dispositions préliminaires - De la transmission des droits réels

Art. 1^{er}

Tous actes entre vifs à titre gratuit ou onéreux, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers, autres que les privilèges et les hypothèques, y compris les actes authentiques visés aux articles 577-4, § 1^{er}, et 577-13, § 4 du Code civil, ainsi que les modifications y apportées, seront transcrits en entier sur un registre à ce destiné, au bureau de la conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel les biens sont situés. Jusque-là, ils ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude.

Il en sera de même des jugements passés en force de chose jugée, tenant lieu de conventions ou de titres pour la transmission de ces droits, des actes de renonciation à ces droits et des baux excédant neuf années, ou contenant quittance d'au moins trois années de loyer.

Si ces baux n'ont pas été transcrits, la durée en sera réduite conformément à l'article 595, alinéa 2 du Code civil.

Les plans qui, par annexion ou dépôt, font partie des actes visés à l'alinéa 1^{er}, sont, sans présentation, réputés être transcrits en même temps que ces actes à condition que, dans une déclaration dans le corps ou signée au pied de l'acte, les parties ou en leur nom le fonctionnaire instrumentant :

1° en demandent la transcription par application de la présente disposition ;

2° certifient qu'ils sont repris dans la base de données des plans de délimitation de l'Administration générale de la Documentation patrimoniale, sans avoir été modifiés depuis lors ;

3° en mentionnent la référence dans cette base de données.

Art. 2

Les jugements, les actes authentiques et les actes sous seing privé, reconnus en justice ou devant notaire, seront seuls admis à la transcription. Les procurations relatives à ces actes devront être données dans la même forme.

Les notaires et tous ceux, officiers publics ou autres, qui sont chargés de donner l'authenticité aux actes sujets à transcription, seront tenus de requérir la formalité dans les quinze jours de leur date, sauf pour les actes relatifs aux ventes publiques, pour lesquels le délai est porté à deux mois.

Le délai fixé par l'alinéa précédent est prolongé jusqu'au premier jour ouvrable suivant lorsque le dernier jour dudit délai est un jour de fermeture des bureaux.

Art. 2bis

[Abrogé]

Art. 3

Aucune 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 de la transcription du titre de l'acquisition dont l'annulation ou la révocation est demandée et, le cas échéant, en marge de la transcription du dernier titre transcrit.

Toute décision rendue sur une semblable demande sera également inscrite à la suite de l'inscription ordonnée par le paragraphe précédent.

Dans les cas prévus à l'article 577-12, alinéas 3 et 4, du Code civil, la décision est inscrite en marge de la transcription de l'acte authentique visé à l'article 577-4, § 1^{er}, du même Code ; il en va de même pour l'acte introductif d'instance dans le cas prévu à l'article 577-12, alinéa 4, du même Code.

Les greffiers ne pourront, sous peine de tous dommages et intérêts, délivrer aucune expédition de jugements de cette espèce, avant qu'il leur ait été dûment justifié, dans la forme prescrite par l'article 84, que l'inscription a été prise.

Art. 4

Seront valables toutes aliénations faites, toutes hypothèques et autres charges réelles imposées antérieurement à l'inscription requise par l'article 3, dans le cas où ni la révocation, ni l'annulation ne sont de nature à préjudicier à de semblables droits consentis avant l'action.

Si la demande n'a pas été inscrite, le jugement de révocation ou d'annulation n'aura d'effet, vis-à-vis du tiers, qu'à dater du jour où il aura été inscrit.

Art. 5

La cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite, de même que la subrogation à un droit semblable, ne pourra être opposée au tiers, si elle ne résulte d'actes énoncés en l'article 2, et s'il n'est fait, en marge de l'inscription, mention de la date et de la nature du titre du cessionnaire, avec indication des noms, prénoms, professions et domiciles des parties.

Il en est de même de la cession du rang hypothécaire, ainsi que de la dation en gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite.

Le conservateur indiquera, au bas du bordereau, le changement opéré sur ses registres.

En cas de cession d'une créance privilégiée ou hypothécaire non inscrite, ou de subrogation à un droit semblable, le cessionnaire ne pourra, par l'inscription, conserver l'hypothèque ou le privilège que pour autant que l'acte de cession soit passé dans la forme requise à l'égard des créances inscrites.

Art. 6

Toute personne contre laquelle il existe une inscription hypothécaire prise pour sûreté d'une créance liquide et certaine, pourra, même avant l'échéance de la dette, être assignée par le cessionnaire du créancier devant le tribunal de première instance de son domicile, à l'effet de faire la déclaration prescrite par l'article 1452 du Code judiciaire.

Le cité sera tenu de se conformer aux dispositions des articles 1452 et suivants dudit Code, sinon il pourra être déclaré débiteur pur et simple ainsi qu'il est dit à l'article 1542 du Code précité.