

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN
FACULTE DE DROIT
CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Les effets des contrats à l'égard des tiers

**L'opposabilité des contrats relatifs
aux droits réels et assimilés**

Rapport belge

par Nicole VERHEYDEN-JEANMART
et Nathalie JOLY

Doc. 90/5

Séminaires conjoints des
Centres de Droit des
Obligations de l'Université
de Paris I et de l'Université
Catholique de Louvain

**Séminaires conjoints des Centres de Droit des
Obligations de l'Université de Paris I et de l'Université
Catholique de Louvain**

LES EFFETS DES CONTRATS A L'EGARD DES TIERS

**L'OPPOSABILITE DES CONTRATS RELATIFS
AUX
DROITS REELS ET ASSIMILES**

RAPPORT BELGE

(Texte provisoire)

N; VERHEYDEN-JEANMART
Professeur ordinaire a la
Faculté de droit de l'U.C.L.
Avocat au Barreau de
Bruxelles

N; JOLY
Assistant a la Faculte de droit
de l'U.C.L.
Avocat au Barreau de
Bruxelles

1ère partie

OPPOSABILITE DU CONTRAT ET OPPOSABILITE DU DROIT REEL NE DU CONTRAT

I. - POSITION DU PROBLEME : LA TRANSMISSION DES DROITS REELS PAR CONTRAT

A. - La question de l'opposabilité du droit réel ne devrait, a priori, guère poser de difficultés puisque le droit réel a, à la différence du droit personnel, un caractère absolu : Il établit une situation juridique objective qui peut être opposée à toute personne (aspect positif du caractère absolu du droit réel) et qui s'impose au respect de tous (aspect négatif).

Le droit réel vaut, dit-on, *erga omnes*. Ainsi, par exemple, si je suis propriétaire d'un bien, ma propriété s'impose à tous : Non seulement à celui dont je tiens le bien mais aussi à tous ceux qui, à un titre ou l'autre, ont eu le bien un jour ou encore à ceux qui n'ont jamais été concernés par ce bien.

B. - Aux termes des articles 711 et 712 du Code civil, un droit réel s'acquiert ou se transmet soit par l'opération de la loi (dévolution successorale *ab intestat*, prescription, accession, droit de jouissance légale...) soit par l'effet de la volonté des individus c'est-à-dire, la plupart du temps, par un contrat.

C. - Quand la transmission du droit réel s'opère par l'effet de la loi il n'y a aucune difficulté à admettre que l'effet juridique attaché par la loi à un fait matériel (décès d'une personne, possession, accession,.....) s'impose au respect de tous.

Quand, par contre, la transmission du droit réel s'opère par la volonté des individus et, notamment, par contrat, il faut se demander si cette

convention, dont l'article 1165 du Code civil dit qu'elle n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, peut avoir en même temps pour effet de créer une situation juridique objective qui s'impose aux tiers c'est-à-dire à tous ceux qui n'ont pas été parties au contrat.

En d'autres termes, n'y-a-t-il pas impossibilité entre l'article 1165 du Code civil qui edicte l'effet relatif du contrat et le caractère absolu du droit réel transmis par le contrat ?

Selon DE PAGE, il y aurait là un vice logique de vouloir faire dépendre un droit réel absolu d'une convention dont les effets sont relatifs¹.

II. - REPOSES AU PROBLEME DE LA TRANSMISSION DES DROITS REELS PAR CONTRAT.

Nous avons posé le problème de la transmission des droits réels par contrat: comment un contrat peut-il transmettre un droit réel opposable à tous ?

A. - Reponse du droit romain et de diverses legislations modernes.

Les juristes romains avaient résolu cette difficulté en distinguant deux phases. La première phase avait seulement pour effet de créer entre les parties les obligations, notamment l'obligation pour l'aliénateur (vendeur, donateur, etc,...) de constituer ou de transférer le droit réel. La deuxième phase, apparente aux yeux de tous, opérait, elle, la constitution ou le transfert du droit réel par la *traditio*, c'est-à-dire la remise de la possession de la chose, ou par une autre formalité.

Ce système du droit romain a été repris par plusieurs législations modernes (droit allemand, droit suisse, droit hollandais, droit hellénique, ...) ; le contrat ne fait naître que l'obligation de constituer ou de transférer le droit réel. Il faut un acte spécial pour que s'opère effectivement la transmission du droit réel².

B. - Reponse du droit belge

1) La règle.

¹ H. DE PAGE, Traité élémentaire de droit civil belge, t. VI, n° 90.

² Le système du droit allemand notamment sera plus amplement décrit plus loin.

En droit belge, comme en droit français³, la question a été tranchée différemment, dans les dispositions générales des articles 711 et 1138 du Code civil et dans les dispositions particulières des articles 1583 (vente), 938 (donations), 1703 (l'échange) : Le droit réel se transmet par le seul consentement des parties sans qu'il soit besoin d'une autre opération. L'obligation de constituer ou de transférer le droit réel est réputée exécutée aussitôt qu'elle est née. C'est le principe de l'effet translatif du contrat.

Par ailleurs, l'existence du contrat s'impose aux tiers, selon l'interprétation donnée à l'article 1165 du Code civil, depuis l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 27 mai 1909⁴ confirmé par de multiples arrêts ultérieurs et une jurisprudence constante⁵. Il faut en effet, distinguer, au sein du contrat, les effets intrinsèques et la simple existence de la convention : les effets internes c'est-à-dire les droits et obligations qui en découlent valent uniquement entre parties tandis que l'existence de la convention est un fait juridique qui s'impose aux tiers dans leurs rapports avec les parties contractantes avec pour eux, toutes les conséquences favorables ou défavorables qui y sont attachées. Le seul problème d'opposabilité qui subsiste est relatif à la date de l'opération que règle l'article 1328 du Code civil pour autant que le tiers puisse s'en prévaloir en invoquant un droit concurrent⁶.

2) La logique de la règle.

Nous ne voyons pas, dans le système que nous venons de décrire, d'illogisme, pour reprendre les termes de DE PAGE, à reconnaître le caractère absolu d'un droit réel ne d'un contrat dont les effets sont relatifs.

En effet :

- d'une part, la transmission du droit réel qui s'opère par le consentement des parties est un effet attaché à la convention en vertu de la loi au même

³ CARBONNIER, Droit civil III, Les biens, n° 38 ; MARTY et RAYNAUD, Droit civil - Les Biens, n° 52 ; MAZEAUD et CHABAS, Leçons de droit civil, t. II, 2ème vol., n°s 1616-1617 ; WEILL, Droit civil, Les biens, n° 512.

⁴ Cass., 27 mai 1909, Pas. 1909, I, p. 272.

⁵ Cass., 28 février 1985, R.C.I.B., 1987, p. 572 et note ; Cass., 14 novembre 1986, Pas. 1987, I, p. 331 et obs. ; Mons (1ère ch.), 27 janvier 1981, Pas. 1981, II, p. 57 et obs. ; Anvers, 28 avril 1986, Rec. gén., 1988, p. 201.

⁶ Sur la notion de droit concurrent dans l'article 1328 du Code civil, voir Bruxelles, 7 février 1964, Bull. ass., 1964, 282 plus note.

titre que la loi attache un effet translatif qui s'impose à tous, à certains faits matériels. Que la transmission du droit réel ait pour source un fait matériel ou la volonté des individus, elle s'opère toujours par l'effet de la loi⁷.

Ainsi, par exemple, la dévolution des biens aux héritiers est un effet attache par la loi au décès d'une personne décédée *ab intestat*, l'acquisition d'un droit réel par prescription est un effet attache par la loi à la possession prolongée d'un bien dans le respect des conditions des articles 2219 et suivants du Code civil, l'extension du droit de propriété est un effet attache par la loi au phénomène d'incorporation ou d'accession décrit aux articles 551 et suivants du Code civil.

De même, le transfert de propriété (ou d'un autre droit réel) est un effet attaché par la loi, dans les articles 1138, 1583, etc. du Code civil, au consentement des parties.

- D'autre part, la convention qui, entre parties, constitue un lien qui fait naître des droits et des obligations (effets internes), constitue également un fait vis-a-vis des tiers (effet externe) et ce fait s'impose à eux au même titre que le décès, la possession prolongée, le phénomène d'accession.

Nous pouvons donc conclure avec M. GENIN⁸ que la transmission du droit réel qui, entre parties, opère par l'effet du contrat, existe, en principe, en raison de ce fait même vis-a-vis des tiers⁹.

3) L'applicabilité de la règle : la nécessité de publicité.

Nous venons de conclure que le contrat qui transmet le droit réel est un fait qui, au même titre que le décès, par exemple, s'impose aux tiers.

Il faut cependant relever que le décès, l'accession, etc., sont des faits matériels qui, par leur nature même, ont une certaine extériorisation alors

⁷ WEILL l'explique en ces termes (op. cit. n° 423 in fine) : "En réalité dans un sens large, tous les modes d'acquisition de la propriété sont des modes d'acquisition par l'effet de la loi il faut, en effet, la sanction de la loi pour qu'un mode d'acquisition soit admis. Cette observation vaut même pour le mode d'acquisition qui semble le plus éloigné de l'effet de la loi, l'acquisition par les contrats : la volonté des individus, à elle seule, ne peut pas produire des effets juridiques, la loi doit sanctionner cette volonté".

⁸ E. GENIN, Traité des hypothèques et de la transcription, Rép. not., t. X, Livre I, n° 54 in fine

⁹ La meilleure preuve de ce que la transmission du droit réel opérée par le contrat s'impose aux tiers est que le tiers qui a connaissance de ce contrat ne peut se prévaloir du défaut de publicité. Nous reviendrons sur ce point dans la partie consacrée à la notion de tiers de bonne foi dans l'article 1er de la loi hypothécaire.

que rien ne vient manifester les volontés individuelles inhérentes au contrat : la convention est occulte et, partant la transmission du droit réel qui se réalise, en vertu de la loi, par l'effet de la convention, est aussi occulte.

Dans un système consensuel comme le nôtre, un système de publicité s'avère donc indispensable pour que les tiers à la convention puissent connaître l'existence de celle-ci et que les effets juridiques que la loi y attache leur soient opposables.

III. - PUBLICITE DES DROITS REELS TRANSMIS PAR CONTRAT.

Nous voudrions, à ce stade de notre étude, tracer une vue d'ensemble des mécanismes de publicité des droits réels existants dans notre système juridique et, en particulier examiner la portée exacte de la publicité : celle-ci rend-elle le droit ou simplement le contrat, opposable aux tiers ?

A. - But de la publicité.

Celle-ci est destinée à pallier les inconvénients qu'entraînerait la méconnaissance de l'acte par les tiers.

Le souci du législateur a été d'informer, pour autant que de besoin, les tiers des volontés individuelles qui ont pour effet de créer ou de transférer des droits réels qui pourraient leur être opposés.

Le but lointain et profond de cette information des tiers est de les protéger contre les conséquences possibles pour eux de ces volontés individuelles créatives ou translatives de droits réels¹⁰.

Notre système de publicité n'est donc pas en contradiction avec le principe de consensualisme.

Au contraire, il s'y superpose et le complète : Il informe les tiers de l'acte dressé par les parties et leur rend opposable l'acte tel qu'il est, avec tous les effets qui en découlent. Si l'acte est vicié pour une cause quelconque, le vice le plus important étant le défaut de titularité du droit dans le chef de l'alienateur (acquisition *a non domino*), il le reste nonobstant la publicité qui lui a été donnée¹¹.

¹⁰ J.P. MASSON, *Considerations sur la publicité en droit privé*, Rev. not. b., 1978, n° 6.

¹¹ GENIN, op. cit., n° 9

On peut relever également que la publicité n'est pas une condition d'opposabilité mais que l'inopposabilité est la sanction du défaut de publicité.

Ce système est fondamentalement différent de celui en vigueur dans les législations modernes, dont nous avons déjà parlé, qui ne connaissent pas le principe du consensualisme mais ont repris le mécanisme romain de la double opération juridique pour la transmission du droit réel. Dans ces législations, le but de la publicité n'est pas d'informer les tiers mais de transmettre le droit réel lui-même puisque la transmission de ce droit est conditionné par une formalité particulière qui joue en même temps le rôle de publicité.

Ainsi, par exemple, en droit allemand, les §§ 873 et suivants BGB subordonnent, même entre parties, la constitution ou le transfert d'un droit réel immobilier à l'inscription sur un registre, le livre Foncier (Grundbuch). La qualité de titulaire du droit réel est présumée par l'inscription de ce droit au livre foncier (§ 891 BGB). Il s'agit d'une présomption iuris tantum.

B. - Modes de publicité.

On n'évoquera ici que les règles générales.

1°) En matière immobilière

La loi du 16 décembre 1851 sur la révision du régime hypothécaire a prévu trois formes de publicité : la transcription, l'inscription et la mention marginale.

En application des principes déjà développés, seules les mutations immobilières entre vifs font l'objet d'une publicité, à l'exception des mutations pour cause de mort (décès avec ou sans testament)¹² ou pour les autres faits matériels auxquels la loi attache un effet translatif (accession, minorité, etc.)

¹² En France, par contre, la publicité des mutations par décès a été organisée par le décret-loi du 30 octobre 1935. En Belgique, cependant, cette lacune est partiellement comblée par l'article 13 de la loi du 10 octobre 1913 qui enjoint aux receveurs de l'enregistrement et des droits de succession d'informer, sur simple demande, tout intéressé en ce qui concerne les titres de propriété des immeubles situés dans le ressort de leur bureau.

2°) En matière mobilière

La mobilité des meubles rend, en principe, impossible l'organisation d'une publicité sauf pour certains meubles tels que, par exemple, les navires et bateaux, les fonds de commerce, etc..

On fera donc jouer à la possession des meubles corporels et des titres au porteur le rôle dévolu à la publicité en matière immobilière (articles 1141 et 2279 du Code civil).

C. - Caractères de la publicité.

1) Publicité générale¹³.

Compte tenu de l'opposabilité *erga omnes* des droits réels, la publicité organisée par notre système juridique est destinée à tout tiers¹⁴.

2) Publicité indirecte.

Le caractère découle inéluctablement du caractère général. Si la publicité est destinée à tous les individus, elle ne peut être directe. Il est impossible d'aviser directement tous les individus de toutes les transactions portant sur des droits réels¹⁵.

3) Publicité personnelle.

Notre système de publicité a un caractère personnel en ce sens que les publications reposent sur le nom des parties. La publicité découlant du système allemand par exemple, a, au contraire, un caractère réel puisque les actes sont répertoriés par parcelle cadastrale¹⁶.

¹³ MASSON, *op. cit.*, n° 7.

¹⁴ On observera cependant que parfois, la notion de "tiers" est limitée. Ainsi, les tiers visés par l'article 1er par la loi hypothécaire.

¹⁵ cfr note 13.

¹⁶ GENIN, *op. cit.*, n° 9. L'administration du cadastre fournit néanmoins des renseignements qui n'ont aucune force probante particulière.

D. - Effets de la publicité.

1) Le principe.

La publicité a pour effet de rendre opposables aux tiers les constitutions ou transferts de droits réels que certains actes réalisent¹⁷. Elle se présente donc comme le "prix à payer" pour que le caractère absolu du droit réel ne puisse être en aucune manière contesté.

2) La publicité rend-elle opposable uniquement le contrat ou également le droit ne de celui-ci.

Pour certains¹⁸, la publicité ne rendrait pas opposables aux tiers les droits réels eux-mêmes mais seulement leurs sources d'acquisition. En d'autres termes par la publicité, seul le contrat deviendrait opposable mais pas le droit.

DE PAGE justifie cette distinction par le vice logique déjà évoqué, qui affecterait le système des articles 1165 et 1138 du Code civil : l'impossibilité d'ériger un contrat, acte relatif, en mode d'acquiescer la propriété ou ses dérivés, droits absolus. La publicité n'effacerait en rien ce vice logique.

Raisonnant à propos des effets de la transcription quant à la transmission des droits réels, DE PAGE soutient que cette formalité rendrait seulement l'acte opposable aux tiers mais non le droit, objet de l'acte. Pour que le droit lui-même fût opposable aux tiers il faudrait qu'il fût acquis en vertu d'un mode non plus relatif comme la convention mais absolu, le mode absolu le plus important dans notre droit étant la prescription acquisitive.

En réalité, tout le monde est d'accord pour reconnaître que la transcription ne purge pas l'acte de ses vices.

Si le vendeur n'était pas propriétaire, l'acte de vente émanant de celui-ci -

¹⁷ La sanction du défaut de publicité est donc l'inopposabilité aux tiers. La publicité ne constitue cependant pas une condition sine qua non de l'opposabilité. En droit français, il existe d'autres sanctions que l'inopposabilité : l'amende, les dommages et intérêts, outre l'irrecevabilité des demandes en justice qui, comme en droit belge, sanctionne les demandes tendant à faire prononcer la résolution, la révocation ou l'annulation d'actes soumis à publicité. Voir MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. III, vol. 1, n°s 712 à 716.

¹⁸ DE PAGE, op. cit., t. VIII, n° 1053 suivi par Civ. Bruxelles (2ème ch.), 3 mars 1964, Pas., 1966, III, 126 et Bruxelles (2ème ch.), 23 novembre 1965, Pas., 1966, II, 281.

cet acte fût-il transcrit - ne rapporte pas la preuve du droit de propriété dans le chef de l'acheteur. En effet, en pareil cas, on invoque un mode d'acquisition dérivé auquel s'applique l'adage "Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet".

Mais si l'acte transcrit émane du véritable propriétaire, le droit réel transféré sera opposable erga omnes.

Il importe de distinguer les questions de preuve et d'opposabilité.

Si personne ne conteste que la convention transcrite émane du propriétaire, le droit de propriété sera opposable erga omnes¹⁹

Il n'y a donc pas d'obstacle à admettre que la publicité rend opposable aux tiers non seulement l'acte mais aussi le droit valablement transféré par l'acte.

En portant à la connaissance des tiers le contrat, on leur oppose simultanément le droit. La publicité est l'extériorisation du droit transféré en vertu de la loi par le contrat. C'est d'ailleurs ce qu'exprimait la loi française du 23 mars 1855 qui précisait que sont opposables les "droits nés de l'acte".

Cette manière de voir est confirmée par les travaux préparatoires de notre loi hypothécaire du 16 décembre 1851²⁰.

Il en va de même des effets de la transcription d'un jugement ou d'un arrêt qui admet le divorce, qui rend opposable aux tiers non seulement l'acte lui-même, la décision de divorce, mais aussi les effets de la dissolution du régime matrimonial engendrée par cette décision.

¹⁹ Voyez a contrario : Civ. Turnhout (3ème ch.) 25 novembre 1976, Bull. Ass., 1977, Obs. A.T., cité par SIMONT, DE GAVRE et FORIERS ("examen de jurisprudence (1976 à 1980) - les contrats spéciaux", R.C.I.B., 1986, p. 135) concernant l'effet d'une clause de réserve de propriété en matière immobilière cette opposabilité est subordonnée à la transcription de ladite clause.

²⁰ Les travaux préparatoires de la loi du 16 décembre 1851 ont été rassemblés dans un volume publié en 1852 par M. PARENT sous le titre "Loi sur la révision du régime hypothécaire", qui est communément dénommé "Recueil Parent" voy en particulier les pp. 107, 115, 199, 215, 395, 397, 399 et 473.
Dans le même sens : LAURENT, op. cit., n° 159.

IIème partie

OPPOSABILITE ET DIVERSITE DES DROITS REELS OU DES DROITS DONT LE REGIME EST ASSIMILE A CELUI DES DROITS REELS

Comme nous l'avons annoncé, nous développerons, dans cette deuxième partie, les modes de publicité des droits réels c'est-à-dire les mécanismes qui rendent opposables aux tiers les constitutions ou transferts de droits réels.

A cet egard, une distinction fondamentale doit être faite entre les droits réels immobiliers auxquels s'appliquent les mécanismes de publicité visés par la loi hypothécaire (transcription, inscription, mention marginale) et les droits réels mobiliers pour lesquels la possession constitue l'équivalent d'un mode de publicité.

Pour l'examen de ces deux régimes différents, nous utiliserons la distinction classique des droits réels principaux et accessoires, en étudiant séparément les modes de publicité des sûretés réelles. Nous observerons, ce faisant, qu'il existe, à côté des sûretés réelles traditionnelles (privilèges et hypothèques, gage et droit de rétention) d'autres sûretés réelles "issues de la pratique" (reserve de propriété et leasing)²¹. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une sûreté, on examinera également l'opposabilité des clauses d'inaliénabilité.

Nous étudierons enfin le statut des obligations réelles ou propter rem.

1. - Opposabilité des droits réels mobiliers autres que les sûretés réelles mobilières.

La mobilité des meubles rend, en principe, impossible l'organisation d'une publicité comparable à celle existant en matière immobilière. On fait donc jouer à la POSSESSION le rôle d'une publicité de fait.

²¹ Cette classification est inspirée du colloque sur "Les Sûretés" qui s'est tenu à l'U.L.B. les 20 et 21 octobre 1983 et dont les actes ont été repris dans un ouvrage publié par FEDUCI en 1984. Nous y ferons référence ultérieurement sous la dénomination "Les Sûretés".

Une distinction doit cependant être faite, à cet égard, entre les meubles corporels et les meubles incorporels.

A. - Publicité des meubles corporels

1) Le principe : la possession : articles 1141 et 2279 du Code civil.

L'article 1141 du Code civil ayant à trancher le conflit qui se présente entre deux acquéreurs successifs d'une même chose mobilière, donne la préférence au second acquéreur s'il a été mis en possession réelle de la chose et s'il est de bonne foi.

Ainsi, la mise en possession de bonne foi rend l'aliénation des meubles opposable aux tiers. La possession, en ce qu'elle crée un signe apparent de droit, constitue le mode de publicité des droits réels mobiliers corporels. La possession, à l'inverse de la transcription, joue un rôle supplémentaire puisqu'elle purge l'acte de ses vices et fait acquérir la propriété en cas d'acquisition a non domino moyennant le respect des conditions de la possession effective, utile et de bonne foi.

a) Mise en oeuvre du principe.

L'article 1141 n'est, en réalité, qu'une application de la maxime consacrée par l'article 2279 du Code civil "en fait de meubles la possession vaut titre"²².

C'est d'ailleurs à l'article 2279 que l'article 1141 emprunte ses conditions de mise en oeuvre²³ :

1°) Seuls les meubles corporels sont soumis à la règle.

Les droits réels sont considérés comme meubles corporels lorsqu'ils sont relatifs à un meuble corporel déterminé. Ainsi, par exemple, l'usufruitier

²² Parce que dans l'hypothèse visée par l'article 1141 du Code civil, la seconde acquisition se fait a non domino, l'article 2279 joue ici comme règle de fond, attributive de droit, et non comme règle de preuve.

Nous ne développons pas, dans cet exposé, le double sens de la maxime pour lequel nous renvoyons à la remarquable étude qui y a été consacrée par MM RENARD et HANSENNE dans le Répertoire Notarial ("La possession", Rép. not., t. XV, Livre XII, n°s 123 et ss.)

²³ LAURENT, op. cit., t. 16, n°s 364 à 370.

Bruxelles (6ème ch.), 27 mars 1915, Pas., 1919, II, p. 46.

En droit français :

MAZEAUD et CHABAS, op. cit., n°s 1622 à 1624 ; WEILL, op. cit., n° 516.

d'un meuble corporel pourrait, s'il échet, invoquer les articles 1141 et 2279 du Code civil.

Sont par contre exclus du champ d'application de ces articles notamment²⁴ les meubles incorporels tels que les créances sauf lorsqu'elles sont constatées par un titre au porteur, les droits de propriété intellectuelle²⁵, les effets de commerce²⁶ et les universalités mobilières tels que les fonds de commerce. Nous verrons par ailleurs²⁷ que certains meubles corporels, par exception, échappent à la règle.

2°) L'article 1141 exige une possession "réelle" c'est-à-dire, véritable, effective²⁸.

3°) Le second acquéreur ne bénéficie de l'article 1141 que s'il est de bonne foi c'est-à-dire s'il ignore la mutation antérieure en date au moment où il entre en possession du bien²⁹.

4°) La possession doit être exempte de vices et revêtir les qualités énumérées par l'article 2229 du Code civil (possession continue, paisible, publique et non équivoque)³⁰.

b) Portée du principe.

On a induit de l'article 1141 du Code civil que la tradition serait requise, en règle générale, pour la translation de la propriété des meubles. Dans cette perspective le texte constituerait une exception à l'article 1138 du Code civil puisque ce serait la tradition et non plus l'accord des parties qui réaliserait le transfert du droit réel.

LAURENT a expliqué, à l'appui de multiples exemples, que l'article 1141 ne touchait pas au principe formulé par l'article 1138 parce qu'il devait être limité au cas particulier qu'il prévoit³¹ à savoir le conflit entre deux

²⁴ Pour plus de développements, nous renvoyons à RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 131.

²⁵ Cass. (1ère ch.), 10 juillet 1890, Pas., 1890, I, 259.

²⁶ Voir B infra.

²⁷ Voir A 2.

²⁸ RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 136.

²⁹ LAURENT, op. cit., n° 368.

RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 137.

³⁰ RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 138.

³¹ LAURENT, op. cit., n°s 363 et ss.

acquéreurs successifs dont l'un est en possession du bien.

Le 1er acquéreur est devenu propriétaire au jour du contrat par le transfert solo consensu, conformément à l'article 1138 du Code civil, mais le second acquéreur (a non domino), par la mise en possession de bonne foi du meuble corporel, est devenu à son tour propriétaire, ex lege, conformément à l'article 2279, et son droit a détruit celui du 1er acquéreur.

L'effet acquisitif attache par la loi, dans l'article 2279, à la possession de bonne foi d'un meuble l'emporte sur l'effet translatif inscrit à l'article 1138 parce que le transfert du droit n'a pas été extériorisé à l'égard des tiers. Entre deux modes d'acquisitions, le mode originel doit être préféré puisqu'il crée une apparence à laquelle les tiers sont en droit de se fier.

2) L'exception : les meubles corporels qui échappent au principe.

o Les biens meubles qui dépendent du domaine public, parce qu'ils sont hors commerce et inaliénables, échappent à la règle des articles 1141 et 2279 du Code civil.

o Les meubles corporels dont la transmission est soumise à la publicité y sont évidemment aussi soustraits.

Ainsi, pour les transmissions de droits réels concédés sur les navires et les bateaux, une publicité est spécialement organisée (voir Code de commerce Livre II, Titre 1er, articles 8 à 18 pour les navires et Titre X, article 272 pour les bateaux).

B. - Publicité des meubles incorporels.

1) Les titres au porteur.

Nous avons déjà dit supra que les créances, biens en principes incorporels, lorsqu'elles sont constatées par un titre au porteur (actions et obligations de sociétés libellées au porteur, chèques au porteur, etc...) rentrent également dans le champ d'application des articles 1141 et 2279 du Code civil. En conséquence, la mise en possession de bonne foi rend l'alienation de ces titres opposable aux tiers³².

³² On doit toutefois tenir compte de l'importance pratique de la loi du 24 juillet 1921 relative à la dépossession des titres au porteur et du système d'opposition mis en place

2) Les autres meubles incorporels.

Diverses règles particulières subordonnent leur transfert vis-à-vis des tiers à une formalité. Citons notamment :

- Pour la cession de créances : signification au débiteur ou acceptation par celui-ci dans un acte authentique (article 1690 du Code civil)³³.

- Pour la cession d'actions nominatives : mention du transfert dans les registres d'actions nominatives de sociétés (article 43 LCSC)³⁴.

- Pour la cession de brevets d'invention : notification au département ministériel compétent (article 19 A.R. du 24 mai 1854 réglant l'exécution de la loi sur les brevets).

- Pour la cession des marques de produits : enregistrement au dépôt Benelux (Convention Benelux du 19 mars 1962).

- Pour la cession de lettres de change : endossement (article 11 et suivants loi du 31 décembre 1955).

Nous traiterons de l'opposabilité du gage sur fonds de commerce et du gage de factures dans la partie de l'exposé relative aux sûretés réelles.

par cette loi.

³³ Cette question est développée dans d'autres rapports

Signalons simplement la publicité requise pour les cessions de créances hypothécaires ou privilégiées inscrites (article 5 de la loi hypothécaire) sur lesquelles nous reviendrons.

³⁴ Cass. (1ère ch.), 21 avril 1983, Pas., 1983, I, 938.

II. - Opposabilité des droits réels immobiliers autres que les sûretés réelles immobilières

A la différence des meubles, la fixité des immeubles rend beaucoup plus aisée l'organisation de formalités de publicité des droits portant sur de tels biens. Néanmoins, la publicité des droits réels immobiliers n'est pas absolue. Nous avons déjà évoqué qu'échappent à la publicité les mutations à cause de mort ou celles qui résultent des autres faits matériels auxquels la loi attache un effet translatif (accession, minorité, condition, etc...).

Les autres mutations immobilières sont soumises à la publicité par la voie de la transcription c'est-à-dire par la copie littérale de l'acte dans un registre ad hoc.

L'article 1er de la loi hypothécaire constitue la source principale de cette forme de publicité mais d'autres textes ont également prévu cette formalité. Certains de ces textes figurent dans le Code civil. Ainsi, L'article 815, alinéa 3 du Code civil relatif au pacte d'indivision. Ainsi également l'article 939 du Code civil qui soumet à la transcription la donation de biens susceptibles d'hypothèques. Ainsi enfin l'article 1069 du Code civil qui soumet à la transcription les substitutions permises portant sur des immeubles. D'autres lois particulières organisent aussi une publicité par la voie de la transcription. Sont ainsi notamment soumis à la formalité³⁵ :

- les arrêtés de classement pris dans l'intérêt de la conservation des monuments et des sites et les arrêtés de déclassement (loi du 7 août 1931)
- les actes de lotissement, les actes de remembrement et les citations devant les tribunaux correctionnels ou les exploits introductifs de l'instance au civil, en cas de contravention ou de non conformité aux dispositions relatives à l'aménagement du territoire et à l'urbanisme (loi du 29 mars 1962)
- l'acte contenant inventaire et estimation des immeubles requis dans le cadre de la procédure de divorce par consentement mutuel (article 1287 du Code judiciaire).

³⁵ Pour un inventaire exhaustif de ces dispositions particulières voir : GENIN, op. cit. n° 106 ; RENARD et HANSENNE, La propriété des choses et les droits réels principaux, vol. II, n° 299.

A. - La transcription dans l'article 1er de la loi hypothécaire.

L'article 1er de la loi hypothécaire dispose :

"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 ayant pour objet les droits respectifs des propriétaires d'étages ou de parties d'étages dans un bâtiment construit ou à construire, 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 va 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 (1429) du Code civil".

1) Actes assujettis à la transcription.

L'objet de notre propos n'est pas de faire l'inventaire de tous les actes soumis à la transcription aux termes de l'article 1er de la loi hypothécaire. Nous renvoyons à cet égard aux remarquables relevés systématiques de ces actes auxquels ont procédé M. GENIN et MM. RENARD et HANSENNE³⁶. Nous entendons simplement relever certaines espèces qui illustrent le champ d'application de cette disposition.

a) Actes entre vifs ou à titre gratuit ou onéreux constitutifs, translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et hypothèques et les actes de renonciation à ces droits.

1. Propriété et copropriété

³⁶ GENIN, op. cit., n°s 106 et ss. ; RENARD et HANSENNE, op. cit., n°s 300 et ss. Voir aussi les chroniques de jurisprudence de M. J.L. LEDOUX sur les sûretés réelles, J.T., 1981, n°s 3 à 12 et J.T., 1987, n°s 3 à 9

- En matière de vente d'immeubles, l'espèce soumise au tribunal civil de Liège le 26 novembre 1982³⁷ donne un exemple caractéristique de conflit entre deux acheteurs ayant acquis successivement le même immeuble d'un même vendeur et montre qu'un tel conflit n'est pas un cas d'école mais une réalité. Le fait qu'après la vente le second vendeur ait appris l'existence de la vente antérieure et, pour sauvegarder son droit, fit diligence pour assurer la transcription de son acte, ne le rend pas de mauvaise foi. La bonne foi s'apprécie au moment de la vente sans que la date de la vente doive être "certaine".

- la cession de mitoyenneté³⁸ : Celui qui, pour demander la suppression d'ouvrages illégaux dans un mur prétendument mitoyen, produit un acte de cession de mitoyenneté ayant date certaine mais non transcrit, ne satisfait pas aux exigences de l'article 1er de la loi hypothécaire.

- le règlement de copropriété

L'article 4 de la loi du 8 juillet 1924 sur la copropriété a ajouté au 1er alinéa de l'article 1er de la loi hypothécaire un membre de phrase pour englober dans les actes translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers "les actes ayant pour objet les droits respectifs des propriétaires d'étages ou de parties d'étages dans un bâtiment construit ou à construire". Il en résulte que le règlement de copropriété doit être transcrit.

On considère cependant généralement que la publicité foncière ne rend pas opposable *erga omnes* l'entièreté des dispositions contenues dans le règlement de copropriété mais uniquement les clauses de cet acte relatives au statut réel³⁹. Par ailleurs, la transcription ne rend pas le règlement de copropriété opposable au locataire qui n'est pas considéré comme "tiers" au sens de la loi hypothécaire⁴⁰.

³⁷ Civ. Liège, 26 novembre 1982, Jur. Liège, 1983, p. 431 et note Martine BURTON.

³⁸ J.P. Grâce-Hollogne, 22 février 1983, Jur. Liège, 1983, p. 440 et LEDOUX, *op. cit.*, J.T., 1987, n° 5.

Nous n'envisageons pas l'hypothèse de la clause de réserve de mitoyenneté qui s'analyse en une cession de créance future soumise aux formalités de l'article 1690 (Cass. 1ère ch., 7 septembre 1972, R.C.I.B., 1974, p. 5 et note HANSENNE, Liège, 17 juin 1986, Jur. Liège, 1986, p. 556).

³⁹ Pour une rare application jurisprudentielle, voir Civ. Bruxelles (9ème ch.), 20 mai 1988, Rev. not. belge, 1989, p. 130 et Jur. Liège, Mons et Bruxelles, 1989, p. 160 : n'est pas considérée comme une clause relative au statut réel, la clause de solidarité entre vendeur et acquéreur d'un lot quant aux arrières de charges dus à la copropriété. Une telle clause même transcrite n'est pas opposable au sous-acquéreur.

⁴⁰ Nous reviendrons sur cette notion de "tiers" dans le point 2.)

En droit français par contre, la publicité rend le règlement opposable au locataire (interprétation de l'article 13, de la loi du 10 juillet 1965 confirmée par la loi du 22 juin 1982).

M. HANSENNE plaide de son côté, pour le caractère opposable de l'ensemble du règlement de copropriété qu'il considère comme une charge accessoire de la charge principale de servitude grevant la copropriété⁴¹. Sa thèse n'emporte cependant pas la conviction générale.

Nous renvoyons à l'abondante littérature consacrée ces dernières années au problème de l'opposabilité du règlement de copropriété⁴²

2. Usufruit

L'acte entre vifs constitutif d'un usufruit établi sur un immeuble n'est, à défaut de transcription, pas opposable au tiers qui a acheté la pleine propriété dudit immeuble dans l'ignorance, au moment de la vente, de la constitution d'usufruit⁴³.

3. Usage et habitation.

Le droit d'habitation constitue un droit réel principal dont l'opposabilité requiert la transcription⁴⁴. En l'espèce, l'acte constitutif du droit d'habitation qui avait date certaine (enregistrement) fut déclaré inopposable aux acquéreurs du bien en vente publique bien que le cahier des charges ait fait mention de l'occupation de l'immeuble.

Selon le Juge de Paix, l'occupation pouvait être entendue par les acquéreurs comme étrangère à un droit réel d'habitation.

4. Superficie et emphytéose.

L'article 3 de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie et l'article 1er, alinéa 2 de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit

⁴¹ J. HANSENNE, La servitude collective, thèse Nijhoff, La Haye, 1969, pp. 371 et ss. RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 309

⁴² Voir notamment AEBY, La propriété des appartements, Bruylant, Bruxelles, 1983 ; BOSSARD, Ph., "La force obligatoire des règlements de copropriété", J.T., 1986, p. 17. DE PAGE et DEHAN, "L'opposabilité du règlement de copropriété du règlement d'ordre intérieur et des assemblées générales des copropriétaires", in La copropriété, Bruylant, 1985, pp. 150 et ss. ; DERMAGNE, J.M., "L'opposabilité aux tiers des règlements de copropriété", J.T., 1981, p. 217 ; LEDOUX, op. cit., J.T., 1987, n°s 8 et 15.

⁴³ Cass., 9 octobre 1970, Pas., 1971, I, 109 et LEDOUX, op. cit., J.T., 1987, n° 6.

⁴⁴ J.P. Arlon, 20 juin 1980, R.J.I., 1982, p. 21 Jur. Liège, 1981, p. 158 ; LEDOUX, op. cit., n° 4.

d'emphytéose stipulent que le titre constitutif de ces droits respectifs doit être transcrit.

Ainsi, doit être transcrit l'acte constitutif de superficie, peu importe que le droit soit concédé de façon directe⁴⁵ ou qu'il résulte d'une clause de renonciation à l'accession⁴⁶.

5. Servitudes.

Il convient de distinguer les servitudes du fait de l'homme et les servitudes légales d'utilité privée qui échappent, par le fait même qu'elles sont établies par la loi, à toute publicité sauf si un acte modifie les règles normales d'exercice de ces servitudes (par exemple, une servitude de passage en cas d'enclave dont l'acte constitutif détermine une assiette et des modalités d'exercice particulières)⁴⁷.

6. Promesse de vente et droit de préférence.

Ces actes générateurs d'un droit de créance et non translatifs de droit réel, ne peuvent être transcrits⁴⁸.

b) Baux excédant 9 années ou contenant quittance d'au moins 3 années de loyers⁴⁹.

Il faut souligner le caractère exceptionnel de la transcription des baux. En effet, le droit du preneur n'est pas un droit réel immobilier mais un droit personnel mobilier qui, grâce à l'article 1743 du Code civil, acquiert une certaine "réalité" à la condition d'avoir date certaine.

D'autre part, aux termes de l'article 1er de la loi hypothécaire, si le bail excède 9 ans ou contient quittance d'au moins 3 années de loyers, il doit, en outre, être transcrit sous peine d'être réduit à 9 ans ou de rendre la quittance inopposable aux tiers.

Le champ d'application de la règle doit cependant être précis. La disposition englobe sans conteste les baux à loyer et les baux

⁴⁵ Cass. (2ème ch.), 13 mai 1970, Pas. 1970, I, 801 et R.C.I.B. 1980, p. 13.

⁴⁶ Mons (2ème ch.), 7 février 1978, R.C.I.B. 1980, p. 5, note HANSENNE.

⁴⁷ RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 307.

⁴⁸ RENARD et HANSENNE, op. cit., p. 336.

⁴⁹ En droit français, sont soumis à la publicité foncière les baux de plus de 12 ans.

commerciaux⁵⁰. Par contre, les baux à ferme sont radicalement exclus du droit commun : l'acquéreur doit respecter le bail à ferme, même si celui-ci n'a pas date certaine et même, dans l'hypothèse où le bail aurait une durée supérieure à 9 ans, s'il n'a pas été transcrit⁵¹. On justifie cette solution sur base de l'article 55 de la loi sur les baux à ferme qui impose à l'acquéreur le respect, en toute hypothèse, du bail. Cette disposition n'a pas été modifiée par la loi de réforme sur le bail à ferme du 7 novembre 1988.

Signalons enfin pour mémoire, l'article 45, dernier alinéa de la loi hypothécaire qui impose au créancier hypothécaire le respect des baux contractés de bonne foi après la constitution de l'hypothèque mais dont la durée sera réduite s'ils excèdent 9 ans, alors même que le bail aurait été transcrit⁵². On se rappellera également l'article 595 du Code civil concernant l'opposabilité au nu-propriétaire, à la fin de l'usufruit, des baux consentis par l'usufruitier⁵³.

c) Jugements passe en force de chose jugée tenant lieu de convention de titres pour la transmission des droits réels immobiliers.

Dans le projet initial de la loi hypothécaire, il n'était pas prévu de mentionner les jugements parmi les actes à transcrire : la Commission spéciale estimait qu'ils appartenaient implicitement à la catégorie des actes entre vifs visés par l'article 1er de la loi hypothécaire. On a finalement apporté la précision afin d'éviter toute équivoque⁵⁴.

C'est le cas notamment d'un jugement constatant l'existence d'une vente et qui sera transcrit au cas où l'une des parties se refuserait à dresser l'acte authentique.

⁵⁰ Civ. Liège, 23 avril 1985, Jur. Liège, 1985, p. 356.

⁵¹ Cass., 12 octobre 1979, Rec. gén., 1982, p. 62 et R.C.J.B., 1982, p. 160 et note Y. MERCHERS.

Civ. Charleroi (3ème ch.), 14 novembre 1988, Rev. not. b., 1989, p. 282.

⁵² J.P. Marche-en-Famenne, 15 juin 1984, J.J.P., 1987, p. 11 (bail à loyer).

Civ. Louvain, 24 juin 1986, Rec. gén., 1989, p. 97 (bail commercial).

⁵³ HANSENNE, examen de jurisprudence, "Les biens", R.C.J.B., 1984, n°s 71 et 72.

⁵⁴ Recueil Parent, pp. 204 et ss., pp. 214 à 217 et p. 378.

2) La notion de "tiers ayant contracté sans fraude"⁵⁵.

Nous avons expliqué dans la 1^{ère} partie de l'exposé que la transcription avait pour effet de rendre opposables aux tiers les actes soumis à la formalité et, par conséquent, les droits réels régulièrement transmis par ces actes.

Encore faut-il préciser quels sont les tiers protégés par l'article 1^{er} de la loi hypothécaire qui peuvent se prévaloir de l'inopposabilité des actes non transcrits.

a) Seuls certains tiers peuvent invoquer l'inopposabilité.

On ne peut évidemment considérer comme tiers les parties elles-mêmes ni leurs héritiers et successeurs universels parce qu'ils continuent la personne de leur auteur.

On ne peut néanmoins pas non plus considérer comme tiers toute personne qui n'a pas été partie à l'acte. Notre Cour de cassation a, en effet, défini limitativement les tiers qui peuvent invoquer l'inopposabilité d'un acte non transcrit, dans son arrêt du 8 avril 1957⁵⁶. Ces tiers sont :

- les titulaires de droits réels principaux (voir les exemples cités supra) ou accessoires (ex. les créanciers hypothécaires) affectant l'immeuble qui fait l'objet d'un acte non transcrit. Ainsi, le légataire particulier d'un immeuble grevé d'un bail enregistré, consenti pour une durée de 18 ans, a le droit d'opposer au locataire le défaut de transcription de ce bail⁵⁷.

- les créanciers chirographaires qui ont mis en œuvre leurs droits par la poursuite de leurs débiteurs sur le bien⁵⁸. Il y a "mise en œuvre du droit" par la transcription du commandement préalable ou de l'acte de saisie immobilière ou par la faillite du débiteur qui, à compter du jugement déclaratif, entraîne une mainmise générale sur les biens du failli⁵⁹.

⁵⁵ Pour un développement détaillé de cette notion, voir RENARD et HANSENNE, *op. cit.*, n°s 323 et ss. GENIN *op. cit.*, n°s 364 et ss.

⁵⁶ Cass., 8 avril 1957, *R.C.J.B.* 1958, p. 95 et note J. DABIN : "De la signification du mot "tiers" dans l'article 1^{er} de la loi hypothécaire et spécialement de la position du preneur à bail".

⁵⁷ Cass. (1^{ère} ch.), 8 décembre 1921, *Pas.* 1922, I, 93. Remarquons que si, après le legs, le testateur aliène l'immeuble légué, le legs est révoqué (article 1038 du Code civil) et le légataire, qui n'a plus de droit réel, ne peut opposer à l'acquéreur le défaut de transcription de l'acte d'aliénation.

⁵⁸ Cass. (1^{ère} ch.), 23 mars 1956, *Pas.* 1956, I, 783.

⁵⁹ Cass. (1^{ère} ch.), 21 janvier 1932, *Pas.* 1932, I, p. 42. Le curateur peut ainsi, dans

Selon notre Cour de cassation le locataire, qui n'est pas titulaire d'un droit réel sur le bien loué et qui n'exerce pas de poursuite sur celui-ci, n'est pas un tiers visé par l'article 1er de la loi hypothécaire. J. DABIN, notamment, dans sa note précitée, a critiqué cette limitation qui va à l'encontre de la ratio legis de la loi de 1851 qui a voulu assurer la sécurité de tous ceux qui pouvaient prétendre à un droit sur l'immeuble sans distinguer la nature de celui-ci. L'auteur relève qu'un simple intérêt ne suffit pas, encore faut-il que le droit, fût-il personnel, entre en concours avec l'acquéreur de l'immeuble qui n'a pas fait transcrire son titre.

b) Seuls les tiers de bonne foi peuvent invoquer l'opposabilité.

L'expression "ayant contracté sans fraude" signifie que le tiers protégé doit être de bonne foi. Est de bonne foi celui qui au moment de la naissance de son droit n'a pas connaissance de l'acte non transcrit. En cela, la notion de bonne foi est différente de celle qui conditionne la règle "en fait de meuble, possession vaut titre".

La bonne foi est presumée (article 2268 du Code civil) mais la preuve contraire peut en être rapportée par toutes voies de droit. Il ne peut être reproché au tiers pour apprécier le moment de la bonne foi de n'avoir pas donné date certaine à l'acte sous seing privé⁶⁰.

En principe, le moindre doute devrait être éliminé de la bonne foi. Mais une certaine jurisprudence se montre indulgente à cet égard⁶¹.

Nous avons déjà évoqué précédemment le conflit entre deux acquéreurs d'un même auteur⁶².

Le conflit prend une acuité particulière lorsqu'il se noue entre deux personnes qui n'ont pas acquis du même auteur.

Distinguons à cet égard les deux hypothèses.

1. - Supposons d'abord un sous acquéreur de mauvaise foi dont l'auteur était de bonne foi et qui a fait transcrire son titre alors que l'immeuble

l'intérêt de la masse, écarter un acte non transcrit : Cass., 5 mars 1982, Rec. gén. 1986, p. 140 ; Cass., 26 janvier 1989, J.L.M.B. 1989, p. 574 et de multiples décisions des juridictions de fond.

⁶⁰ Civ. Liège, 26 novembre 1982, Jur. Liège, 1983, p. 431, note BURTON.

⁶¹ J.P. Arlon, 20 juin 1980, R.J.L. 1982, p. 21, Jur. Liège, 1981, p. 158 ; LEDOUX, op. cit., n° 4 où la mention dans le cahier des charges - en cas de vente publique - du fait de l'occupation de l'immeuble ne fut pas prise en compte pour établir la "mauvaise foi" de l'acquéreur.

⁶² Voir p. 17.

avait été initialement vendu à une autre personne, qui n'avait pas procédé à la formalité.

La Cour de cassation⁶³ donne préférence au sous-acquereur, à l'exclusion du bénéficiaire de la vente initiale, au motif que "la connaissance qu'auraient pu avoir ces acquéreurs ultérieurs de l'acte sous seing privé, avenu entre un propriétaire antérieur et l'auteur des demandeurs, ne pouvait plus vicier leur acquisition, puisque leur propre auteur avait lui-même acquis un droit de propriété opposable à quiconque et pouvait donc le transférer".

M. HANSENNE⁶⁴ critique cette solution qui confond la notion de bonne foi et son rôle acquisitif dans l'article 2279 avec celle que requiert l'article 1er de la loi hypothécaire.

Peu importe la bonne foi de l'auteur du sous-acquereur dès l'instant où celui-ci a eu connaissance de la première mutation non transcrite.

2. - Par identité de motif le sous-acquereur de bonne foi d'un acquereur de mauvaise foi devra l'emporter sur celui qui ayant acquis précédemment n'a pas fait transcrire son titre. En effet, comme le fait remarquer M. HANSENNE l'exception de mauvaise foi est relative.

c) Seuls les tiers ayant eux-mêmes accompli la publicité de leurs droits peuvent invoquer l'inopposabilité.

Le droit du tiers doit lui-même être opposable à autrui. Ainsi, si le tiers se prévaut un droit réel, le mécanisme de la publicité des droits réels ne lui permettra de repousser l'acte non transcrit que si son propre titre l'a été.

A défaut, on appliquera la règle "prior tempore, potior iure" ou "Nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet".

Toutefois, quand il s'agira de rapporter la preuve de l'antériorité, les exigences de la date certaine viendront à s'appliquer (article 1328 du Code civil)⁶⁵

⁶³ Cass. (1ère ch.), 11 juin 1954, Pas., 1954, I, 871.

⁶⁴ HANSENNE, op. cit., pp. 368 et 369.

⁶⁵ Civ. Arlon, 16 février 1989, J.L.M.B., 1989, p. 1091.

B. - Les mentions marginales en marge d'actes transcrits : articles 3 et 4 de la loi hypothécaire⁶⁶.

L'article 3, alinéa 1 et 2 assujettit à la formalité de la mention en marge des transcriptions, les demandes tendant à faire prononcer l'annulation ou la révocation de droits réels immobiliers ayant pour source un acte juridique assujetti à la transcription ainsi que les décisions rendues sur semblables demandes.

Ainsi, par exemple, la demande en suppression d'une servitude de passage sur base de l'article 710 bis du Code civil doit faire l'objet d'une mention marginale⁶⁷.

L'omission de la mention marginale entraîne une fin de non-recevoir. C'est une exception qui peut être soulevée pour la première fois devant la Cour de cassation⁶⁸.

L'article 4 règle les effets du défaut de mention à l'égard des tiers en déclarant inopposables à leur égard les demandes ou les jugements en annulation ou en révocation pour autant que leurs effets ne soient pas rétroactifs.

III. - Opposabilité des sûretés réelles.

Nous quittons le domaine de la publicité des droits réels principaux pour aborder celui des droits réels accessoires c'est-à-dire des droits réels qui garantissent une créance. Ces droits réels constituent des "causes légitimes de préférence" (articles 8 et 9 de la loi hypothécaire) qui permettent au créancier d'échapper à la règle de l'égalité en cas de concours. Ce droit de préférence est renforcé par un droit de suite qui autorise le créancier à suivre le bien grevé de la sûreté en quelques mains qu'il passe, le protégeant ainsi des alienations que réaliserait son débiteur.

Certains de ces droits réels de garantie impliquent dans le chef du créancier, à l'exception du gage sur fonds de commerce, une possession des

⁶⁶ LEDOUX, op. cit., J.T., 1981, n°s 23 à 26, J.T., 1987, n°s 16 à 19.

RENARD et HANSENNE, op. cit., n°s 322 à 340.

⁶⁷ Civ. Mons (1ère ch.), 23 septembre 1988, J.T., 1989, 358.

⁶⁸ LEDOUX, art. cite., J.T., 1987, p. 301, n° 18 qui qualifie cette exception d'ordre public.

biens faisant l'objet de la sûreté et cette possession joue, en principe, le rôle de publicité des droits. Il s'agit des sûretés réelles mobilières que constituent le gage et peut être le droit de rétention.

D'autres droits réels accessoires s'exercent, au contraire, sans que leur titulaire soit en possession du ou des biens. Ce sont les sûretés réelles immobilières : hypothèques et privilèges immobiliers. A l'instar des droits réels immobiliers principaux, leur opposabilité est conditionnée par des mécanismes de publicité (inscription et mention marginale).

Nous examinerons enfin les règles d'opposabilité d'institutions, telles que la réserve de propriété et le leasing, qui ne sont généralement pas classées parmi les sûretés réelles traditionnelles mais qui en jouent cependant le rôle.

Selon le but assigné à notre étude, notre propos, tout au long des développements qui vont suivre, ne sera évidemment pas de faire un relevé précis et un commentaire détaillé des diverses sûretés réelles mais uniquement de dégager les règles d'opposabilité de ces droits réels accessoires.

A. - Les sûretés réelles mobilières traditionnelles.

1) Remarque préalable au sujet des privilèges mobiliers.

On range traditionnellement les privilèges mobiliers parmi les sûretés réelles mobilières.

Nous n'en traiterons cependant pas parce que ces privilèges ne constituent pas, selon nous, de véritables droits réels, à la différence des privilèges immobiliers. En effet, un droit réel se caractérise notamment par le droit de préférence et le droit de suite conférés à son titulaire. Or, la définition que l'article 12 de la loi hypothécaire donne du privilège ne fait état que du droit de préférence et non du droit de suite. Au contraire, l'article 96 de la même loi stipule expressément qu'un privilège inscrit sur un immeuble confère à son titulaire un droit de suivre le bien en quelques mains qu'il passe⁶⁹.

⁶⁹ Sur la nature juridique du privilège mobilier voir : DE PAGE, t. VI, n°s 768 et ss., t. VII, n°s 10 et 11 - 333 et ss. ; GENIN, op. cit., n° 874 ; J. VAN COMPERNOLLE, Les sûretés

Certains objecteront sans doute que le droit de propriété portant sur un meuble corporel ne comporte pas non plus de droit de suite, par application de l'article 2279 du Code civil. Il n'empêche que, s'il est vrai que le droit de revendication du "*verus dominus*" peut être entravé par la possession qu'aurait acquise une autre personne, pour autant que cette possession satisfasse aux conditions de l'article 2279 du Code civil, ce droit de revendication ou de suite existe néanmoins potentiellement, ce qui n'est pas le cas pour le privilège mobilier.

2) Le gage⁷⁰.

a) Le gage de droit commun.

Traditionnellement, le gage est défini comme un contrat réel en ce sens qu'il ne se forme que par le dessaisissement du débiteur et la remise de la chose entre les mains du créancier.

Ce caractère réel du gage a été remis en cause notamment par Mme STRANART qui considère que le gage serait un contrat consensuel qui se forme, entre parties, par leur seul échange des consentements et que la mise en possession du créancier constituerait seulement une condition de l'opposabilité aux tiers des droits que le gage confère au créancier⁷¹.

Que l'on considère le gage comme un contrat réel ou consensuel, le mécanisme d'opposabilité aux tiers du contrat de gage est identique. Il se réalise par la dépossession du débiteur et par la mise en possession du créancier. Il y a simplement que, dans le cas du contrat réel, les conditions de validité et d'opposabilité du contrat se confondent alors que, dans l'hypothèse du contrat consensuel, le consentement des parties doit être exteriorisé pour être opposable aux tiers.

Nous retrouvons donc, en matière de publicité du gage, le mécanisme d'opposabilité de principe des droits réels mobiliers corporels : la possession.

Lorsque l'objet du gage est un meuble incorporel, telle une créance non

réelles en droit belge, in "Les sûretés", n° 56.

En droit français : MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. II, 1er vol., n°s 137 à 141.

⁷⁰ J. VAN COMPERNOLLE, op. cit., n°s 20 à 52 ; LEDOUX, op. cit., J.T., 1981, n°s 86 à 98 et J.T., 1987, n°s 99 à 108.

⁷¹ A.M. STRANART- THILLY : "Le gage contrat réel : une fiction ?", J.T., 1976, p. 237.

incorporée dans un titre, l'article 2075 du Code civil impose en outre que la mise en gage soit signifiée au débiteur de la créance gagée (parallèle avec l'article 1690 du Code civil).

Nous devons enfin rappeler l'article 445 de la loi sur les faillites qui rend inopposable à la masse faillie le gage constitué pendant la période suspecte en garantie de dettes antérieurement contractées.

b) Le gage sur fonds de commerce.

A la différence du gage de droit commun, le gage sur fonds de commerce se réalise sans dépossession du débiteur et sans mise en possession du créancier. La possession ne peut donc constituer le mode de publicité de ce type de gage.

Pour être valablement constitué et être opposable aux tiers, le gage sur fonds de commerce doit faire l'objet d'un écrit et doit être inscrit à la conservation des hypothèques (article 4 de la loi du 25 octobre 1919). Cette inscription qui maintient le gage pendant 10 ans et qui peut être renouvelée, rend opposable aux tiers la mise en gage des divers éléments du fonds de commerce, en ce compris les créances, si l'acte de gage les inclut⁷².

Nous signalons pour mémoire, les divers concours qui peuvent opposer le créancier gagiste sur fonds de commerce à d'autres titulaires de sûretés réelles : créancier hypothécaire, créancier gagiste ordinaire, bailleur, vendeur d'équipement professionnel.

c) Le gage de la facture.

C'est également la loi du 25 octobre 1919 qui régit la mise en gage de créances constatées par une facture. L'endossement de la facture auprès d'une banque ou d'un organisme de crédit agréé réalise la mise en possession du créancier (article 16). Le seul fait de l'endossement rend donc la mise en gage de la facture opposable aux tiers, par application de la règle de principe.

À l'égard du tiers débiteur cependant, cette sûreté n'est opposable que si

⁷² La publicité des créances ainsi gagées ne doit pas être doublée par les formalités prévues à l'article 1690 du Code civil. (arrêt de principe : Cass., 6 novembre 1970 ; Pas., 1971, I, 200 et R.C.J.B., 1972, 320 et note M. FONTAINE - confirmé notamment par Cass., 6 novembre 1986, R.G.E.N., 1988, p. 348.)

l'endossement lui a été signifié par un avis envoyé par lettre recommandée à la poste avec accusé de réception.

d) Le gage d'une créance hypothécaire ou privilégiée inscrite.

L'article 5 de la loi hypothécaire impose, pour l'opposabilité au tiers, la mention de la dation en gage d'une telle créance en marge de l'inscription.

3) Le droit de rétention⁷³.

La nature juridique du droit de rétention est discutée : s'agit-il d'un droit réel ? Pour certains, le droit de rétention ne constitue incontestablement pas un droit réel⁷⁴. D'autres, au contraire, assimilent le droit de rétention à un droit réel⁷⁵. A mi-chemin entre ces deux positions, la doctrine belge opte, plus généralement, pour une conception "réelle" du droit de rétention, en tout cas lorsqu'il est fondé sur la connexité matérielle c'est-à-dire lorsque la créance pour laquelle est exercée le droit de rétention est née directement de la chose retenue⁷⁶.

On entend par là le "debitum cum re junctum". En pareil cas, c'est la chose qui est à la base du droit de rétention parce que c'est la chose elle-même qui est à l'origine de la créance que le droit de rétention est amené à protéger.

Il s'agit d'une "sûreté réelle, à mi-chemin entre le gage et le privilège du conservateur"⁷⁷.

Lorsque le lien entre la chose retenue et la créance à garantir repose sur une connexité juridique (contrat) il est parfois délicat de distinguer "le droit de rétention" proprement dit de la "rétention" qui serait la conséquence de l'Exception non adimpleti contractus⁷⁸.

⁷³ Pour une vue synthétique du droit de rétention voir notamment :

- VAN COMPERNOLLE, in "Les Sûretés", n°s 7 à 19

- LEDOUX, op. cit., J.T., 1981, n°s 99 à 109 et J.T., 1987, n°s 109 à 113.

⁷⁴ DE PAGE et DEKKERS, Traité élémentaire de droit civil belge, t. V n°s 823 et 824. Ces auteurs considèrent cependant que le droit de rétention constitue "la forme la plus rudimentaire de sûreté réelle".

⁷⁵ C'est en ce sens que semble se prononcer M. J.L. FAGNART et les multiples références qu'il cite. J.L. FAGNART, "Recherches sur le droit de rétention et l'exception d'inexécution", note Cass., 7 octobre 1976, R.C.J.B., 1979, p. 25. Voir aussi Comm. Bruxelles, 8 mars 1986, J.T., 1986, p. 458.

⁷⁶ VAN COMPERNOLLE, in "Les Sûretés", n° 11.

⁷⁷ J. VAN COMPERNOLLE, ibidem, n° 9.

⁷⁸ P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur les effets de l'étendue du droit de rétention

La nature du lien de connexité a, comme on va le voir, des répercussions sur l'opposabilité du droit de rétention aux tiers.

a) Le droit de rétention et les créanciers chirographaires.

Depuis l'arrêt de notre Cour de cassation du 7 novembre 1935, il y a quasi unanimité⁷⁹ pour dire que le droit de rétention est opposable aux créanciers chirographaires et dès lors, à la masse en cas de faillite du débiteur.

Ainsi le droit de rétention a-t-il été admis notamment dans les espèces suivantes :

- Un faconnier est fondé à retenir les marchandises qui sont en sa possession, ouvrées ou non ouvrées, tant que l'industriel qui lui a livré les tissus et les fils ne lui a pas payé le prix total de ses prestations, fussent-elles relatives à des marchandises déjà retournées à l'industriel⁸⁰.
- Un commandant d'aérodrome peut, si les redevances légales ne sont pas acquittées, opposer le droit de retenir l'aéronef au curateur de la faillite de la société qui en est propriétaire⁸¹.

Cependant, une décision isolée et critiquée par la doctrine limite l'opposabilité du droit de rétention entre parties⁸², à propos du droit de rétention invoqué par un entrepreneur - important créancier de la faillite - sur l'immeuble en cours de construction.

La reconnaissance d'un droit de rétention à l'encontre de la masse conduit à une impasse si l'on admet également que le droit de rétention ne confère aucun privilège.

Le rétenteur - à l'inverse du créancier gagiste - ne peut faire vendre tandis qu'il refusera de remettre la chose au curateur en vue de la vente puisqu'il ne sera pas préféré aux autres sur le produit de celle-ci.

et, de "l'exceptio non adimpleti contractus" spécialement en cas de faillite du débiteur" R.C.I.B., 1963, pp. 72 et ss. qui relève, à juste titre selon nous, que la distinction est sans grand intérêt.

⁷⁹ Voir les références citées par P. VAN OMMESELAGHE, 1963, p. 74, note 14.

⁸⁰ Gand (1ère Ch.), 4 mai 1961, R.C.I.B., 1963, 61 plus note P. VAN OMMESELAGHE.

⁸¹ Cass. 22 juin 1979, Pas., 1979, I, 1230, note ; dans le même sens, Liège, 24 juin 1976, Jur. Liège, 1976-1977, p. 73.

⁸² Comm. Mons, 18 septembre 1978, J.T., 1979, p. 219 ; J.C.B., 1979, p. 88 ; R.C.I.B., 1986, p. 258 ; R.C.I.B., 1979, p. 390.

Aussi pour sortir de cette impasse une certaine doctrine⁸³ propose-t-elle d'autoriser le curateur à la faillite du débiteur ou un créancier saisissant à vendre le bien à la condition de payer par préférence le rétenteur. Cette solution heurte le principe selon lequel la jurisprudence ne peut créer de privilège sans texte⁸⁴.

b) Le droit de rétention et les créanciers titulaires d'un privilège général.

La situation de ces créanciers étant assimilable à celle des créanciers chirographaires on considère généralement que le droit de rétention leur est opposable⁸⁵.

c) Le droit de rétention et l'acquéreur du bien.

En pareil cas l'opposabilité n'est pas contestée.

Si le lien de connexité est matériel l'opposabilité serait fondée sur la "considération que la dette existe propter rem : tiers à la chose, la dette doit être acquittée par quiconque prétend à un droit sur la chose"⁸⁶.

Mais peut-on parler d'une dette propter rem, alors que le rétenteur ne peut opposer que son droit de rétention sans avoir d'action en paiement contre l'acquéreur ?

Si le lien de connexité est juridique (contrat ou quasi-contrat), l'opposabilité, tout aussi unanimement admise, s'explique par le souci de ne pas priver le droit de rétention de son efficacité. Il suffirait au débiteur de vendre la chose pour le faire disparaître et encaisser à son profit le produit de la vente⁸⁷.

d) Le droit de rétention et les titulaires d'un privilège spécial ou d'un droit hypothécaire.

C'est à leur égard, que la distinction entre la nature matérielle ou juridique

⁸³ P. VAN OMMESLAGHE, art. cité, R.C.J.B., 1963, n°s 9 et ss.

⁸⁴ J. VAN COMPERNOLLE, in "Les Sûretés", p. 10.

⁸⁵ J. VAN COMPERNOLLE, ibidem, p. 9. Contra DE PAGE et DEKKERS, op. cit., n° 827, 1°.

⁸⁶ P. VAN OMMESLAGHE, art. cité, R.C.J.B., 1963, p. 83.

⁸⁷ Voyez les références citées par P. VAN OMMESLAGHE, ibidem, p. 84, note 37.

du lien de connexité prend toute son importance⁸⁸.

Le droit de retention propter rem serait, selon la majorité des auteurs, opposable à tous les créanciers hypothécaires ou privilégiés même si leur titre est antérieur à la mise en possession du débiteur⁸⁹. Cette opinion n'est cependant pas partagée par certains qui déclarent le droit de rétention inopposable aux créanciers privilégiés ou hypothécaires dont le droit est antérieur à la mise en possession⁹⁰.

On notera qu'en ce qui concerne le droit de rétention en matière mobilière, le conflit entre le reteneur et le créancier privilégié se conçoit difficilement puisque presque tous les privilèges mobiliers requièrent la possession.

Le droit de retention peut également être opposé au verus dominus encore que certains réservent le cas du réteneur invoquant un lien de connexité juridique en raison du caractère personnel de ce lien⁹¹. Dans cette dernière hypothèse, le droit de retention ne pourrait être opposé à ceux dont le droit serait antérieur à la mise en possession.

On notera avec intérêt qu'il a été jugé que l'exercice légitime du droit de rétention à l'égard du verus dominus, suppose que le créancier réclame au débiteur le paiement de sa créance afin d'éviter que ce droit de retention ne soit exclusivement utilisé comme moyen de pression à l'égard du propriétaire⁹².

e) Opposabilité des clauses d'indivisibilité conventionnelle.

De telles clauses ont pour objet d'étendre conventionnellement la garantie que les parties trouvent dans le droit de retention en stipulant une indivisibilité conventionnelle ou en déterminant le lien de connexité.

Il y a unanimité pour dire que ces conventions ne peuvent avoir pour effet de constituer, en période suspecte, une sûreté pour dettes antérieurement

⁸⁸ FAGNART, art. cité, R.C.I.B., 1979, pp. 17 et ss.

⁸⁹ P. VAN OMMESELAGHE, art. cité, R.C.I.B., 1963, p. 84, note 41 ; HL. et J. MAZEAUD, Leçons de droit civil, t. III, n° 126.

⁹⁰ FAGNART, art. cité, R.C.I.B., 1979, p. 28 et les références note 109.

⁹¹ PLANIOL et RIPERT, t. VI, n° 458.

⁹² Comm. Mons (réf.), 3 janvier 1986, Bull. Ass., 1986, p. 665.

contractées (article 445 de la loi sur les faillites).

En dehors de cette hypothèse, on rencontre partisans et adversaires de l'opposabilité de ces clauses. Notre Cour de cassation, dans son arrêt du 7 octobre 1976, semble avoir nettement condamné cette opposabilité⁹³.

Reconnaissent au contraire, cette opposabilité, d'éminents auteurs tels que MM VAN OMMESLAGHE et FAGNART⁹⁴.

B. - Les suretes reelles immobilieres traditionnelles.

1) Les privileges immobiliers⁹⁵.

A la différence du privilège général des frais de justice qui est dispensé de toute publicité, l'opposabilité aux tiers des privilèges spéciaux sur immeubles est conditionnée par une formalité de publicité. Selon l'article 29 de la loi hypothécaire, cette formalité est l'inscription sur les registres du conservateur des hypothèques.

En réalité, seul le privilège de l'entrepreneur et de l'architecte visé par l'article 27, 5° de la loi hypothécaire est soumis à cette formalité. Pour les quatre premiers privilèges repris dans l'article 27 de la loi hypothécaire, il y a fusion de l'inscription du privilège avec la transcription de l'acte dont ils procèdent (article 34 de la loi hypothécaire).

Un privilège spécial sur immeuble échappe à la publicité. Il s'agit du privilège de l'assureur visé par l'article 23 de la loi du 11 juin 1874. Ce texte dispense expressément de toute inscription le privilège de l'assureur, qui lorsqu'il porte sur un immeuble assuré est en fait un privilège occulte. Selon DE PAGE, la modicité de la créance garantie (qui est limitée à 2 annuités de primes) jointe au fait que les tiers doivent s'attendre à ce qu'un immeuble soit assuré explique que le privilège de l'assureur soit dispensé de toute inscription⁹⁶.

⁹³ Cass. (1ère ch.), 7 octobre 1976, Pas. 1976. I. 154 et avis de l'Avocat Général KRINGS.

⁹⁴ VAN OMMESLAGHE, op. cit., n° 16.

FAGNART, op. cit., n° 23.

La jurisprudence française va dans le même sens.

⁹⁵ GENIN, op. cit., n°s 874 et ss.

I. MOREAU-MARGREVE, Evolution du droit et de la pratique en matière de sûreté, C.D.V.A. 1982, p. II/37 à 40.

⁹⁶ DE PAGE, op. cit., t. VI, n° 427.

2) Les hypothèques.

A part l'hypothèque légale du Trésor pour le recouvrement des droits de succession (article 86 du Code des droits de succession), il n'existe plus d'hypothèque occulte. L'article 81 de la loi hypothécaire exige pour l'opposabilité aux tiers, l'inscription sur les registres du conservateur.

La notion de tiers protégés par cette mesure de publicité est plus large que celle que vise l'article 1er de la loi hypothécaire⁹⁷.

Peuvent invoquer le défaut de publicité tous ceux auxquels l'exercice du droit de préférence ou de suite est de nature à porter préjudice : les autres créanciers hypothécaires, bien sûr, mais aussi les créanciers chirographaires et même le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué.

Par ailleurs, alors qu'en ce qui concerne la publicité par voie de transcription, la bonne foi est exigée dans le chef du tiers qui invoque l'absence de formalité, en matière d'hypothèque au contraire la connaissance personnelle que les tiers auraient pu acquérir de l'hypothèque non inscrite ne leur enlève pas le droit de se prévaloir du défaut d'inscription.

En matière de faillite, l'article 445 de la loi sur les faillites rend inopposables à la masse les sûretés constituées pendant la période suspecte pour des dettes antérieurement contractées. Il faut également relever l'article 487, alinéa 3 de cette loi qui donne aux créanciers chirographaires une hypothèque légale sur les immeubles du failli et la "course" engendrée par cet article entre le curateur qui doit prendre inscription au profit de la masse et le Fisc qui, depuis la loi du 20 juillet 1978 modifiant l'article 318 du Code des impôts sur les revenus est autorisé à prendre inscription pour le recouvrement des impôts enrôlés, même après le jugement déclaratif de faillite (contre l'article 447).

En matière de saisie, signalons les règles d'opposabilité des hypothèques aux créanciers saisissants stipulées dans les articles 1444 du Code judiciaire (pour la saisie conservatoire) et 1577 du Code judiciaire (pour la saisie exécutoire).

⁹⁷ LEDOUX, op. cit., J.T., 1987, n° 135 et les références citées.

Pour les règles particulières d'opposabilité de l'hypothèque maritime (sur les navires et bateaux) nous renvoyons aux articles 25 et suivants de la loi du 21 août 1879.

3) Les mentions marginales en marge d'actes inscrits.

L'article 5 de la loi hypothécaire assujettit à la formalité de la mention en marge des inscriptions :

1. - la cession de créance privilégiée ou hypothécaire inscrite de même que la subrogation a un droit semblable.

Le respect de la formalité rendra l'acte opposable aux tiers autres que le débiteur cédé qui lui pourra continuer à se prévaloir de l'article 1690⁹⁸.

2. - La cession du rang hypothécaire.

3. - Le gage d'une créance privilégiée ou hypothécaire inscrite.

C. - Sûretés réelles issues de la pratique.

1) La clause de réserve de propriété

Nous avons déjà parlé, dans la 1^{ère} partie, de la clause de réserve de propriété et des problèmes d'opposabilité qu'elle suscitait du fait qu'elle constituait une dérogation à la règle de l'effet translatif des contrats contenue dans la disposition générale de l'article 1138 du Code civil.

Il y a unanimité pour reconnaître la validité de la clause entre parties contractantes sauf disposition légale particulière telle que la loi du 9 juillet 1971 réglementant la construction d'habitations et la vente d'habitation à construire ou en voie de construction (combinaison des articles 4 et 13) et sous réserve des conditions particulières imposées par la loi du 9 juillet 1957 relative à la vente à tempérament⁹⁹

En ce qui concerne l'opposabilité, il convient de distinguer selon la nature immobilière ou mobilière de l'opération.

⁹⁸ LEDOUX, art. cité, J.T., 1981, p. 318, Cass. (1^{ère} Ch.), 31 octobre 1901, Pas., 1902, I, 27.

⁹⁹ Article 4, § 2 "lorsque le contrat contient une clause de réserve de propriété, il doit reproduire le texte de l'article 491 du Code pénal sans quoi la clause est réputée non écrite.

En matière immobilière, cette opposabilité est conditionnée par la transcription de l'acte qui stipule la clause¹⁰⁰.

En matière mobilière la jurisprudence admet l'opposabilité de la clause de réserve de propriété lorsqu'elle est invoquée avant la naissance du concours¹⁰¹.

Selon la jurisprudence, le concours naît au jour du jugement déclaratif de faillite de l'acheteur. Il est donc possible pour le vendeur de se prévaloir de la clause de réserve de propriété jusqu'à ce jour-là¹⁰².

Néanmoins, le concours peut naître avant et indépendamment d'un jugement déclaratif de faillite, dès qu'un créancier particulier de l'acheteur prend l'initiative d'une saisie¹⁰³. La justification doit être trouvée dans le principe de l'égalité des créanciers entre eux et dans le refus de créer un droit de préférence que la loi n'établit pas¹⁰⁴.

Le vendeur peut opposer la clause de réserve de propriété sans mise en oeuvre d'une procédure spéciale. Le vendeur ne doit pas nécessairement reprendre ses marchandises chez l'acheteur. Il lui suffit d'invoquer la clause, de s'en prévaloir, de menacer de la mettre en oeuvre par une assignation en justice, à défaut de restitution volontaire des biens par l'acheteur. Il importe seulement que le vendeur puisse rapporter la preuve de sa revendication qu'il peut faire par lettre recommandée, par telex, etc. Par ailleurs, la clause de réserve de propriété elle-même ne doit pas avoir date certaine pour être opposable : la plupart du temps la clause se trouve inscrite dans les conditions générales de vente, au verso de la facture.

Pour que le vendeur puisse efficacement opposer la clause de réserve de propriété, dans les conditions développées ci-dessus, il faut bien sûr que l'acheteur soit resté en possession de la chose vendue car s'il l'a transférée

¹⁰⁰ SIMONT, DE GAVRE et FORIERS, examen de jurisprudence (1976-1980), les contrats spéciaux, R.C.J.B. 1986, n° 27 ; note sous Civ. Turnhout, 25 novembre 1976, B.A. 1977, p. 167.

¹⁰¹ Comm. Vervies, 15 novembre 1977, Jur. Liège, 1978, 230 ; Comm. Huy, 12 janvier 1982, Rev. reg. droit, 1982, p. 131, Liège, 23 janvier 1985, Jur. Liège, 1985, 253, Anvers (5ème Ch.), 1er mars 1988, Ann. Liège, 1988, p. 338, note P.J.

¹⁰² L'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 23 janvier 1985, vise un cas où le vendeur avait repris les marchandises la veille même de la faillite.

¹⁰³ Civ. Liège, 11 janvier 1978, Bull. contr., 1980, 2075 ; Liège, 23 janvier 1985, op. cit.

¹⁰⁴ Avis Proc. Gén. LECLERCQ, sous Cass., 9 février 1933, Pas., 1933, I, 122.

à un tiers, celui-ci, s'il est de bonne foi, pourra se prévaloir de l'article 2279 du Code civil.

Lorsqu'il y a concours, la clause devient inopérante. La solution est constante depuis les deux arrêts de la Cour de cassation du 9 février 1933¹⁰⁵, qui a calqué le régime de la clause de réserve de propriété sur celui de l'action en revendication et en résolution du vendeur d'effets mobiliers impayés, régie par les articles 20, 5° de la loi hypothécaire et 546 de la loi sur les faillites.

Ainsi, dit la Cour de cassation, "lorsqu'il se trouve en concours avec les créanciers de l'acheteur et que la chose vendue est en possession de celui-ci, le vendeur d'objets mobiliers non payés n'est jamais fondé pour revendiquer en dehors du cas prévu par la loi, à se prévaloir de la clause de réserve de propriété : que, partant, il ne peut davantage exercer la revendication vis-à-vis du curateur de la faillite de l'acheteur". On veut donc, vis-à-vis des créanciers de l'acheteur, sauvegarder l'apparence de droit créée par la possession du bien vendu.

Néanmoins, conscientes des conséquences économiques favorables¹⁰⁶ que produirait l'opposabilité de la clause de réserve de propriété nonobstant la naissance d'un concours, plusieurs propositions de réforme ont vu le jour, mais sont restées jusqu'ici lettre morte. Le Conseil des Ministres a approuvé le 4 février 1983, un projet de loi réglant l'opposabilité de la clause de réserve de propriété et du pacte commissaire exprès. Ce projet a été soumis à la Chambre des représentants, en sa séance du 4 mai 1984, mais il n'a toujours pas, à ce jour, pris la forme d'un texte de loi¹⁰⁷.

Ce projet de loi visait, par la modification des articles 20, 5°, alinéas 6, 7 et 8 de la loi hypothécaire et de l'article 546 de la loi sur les faillites, à rendre opposable aux tiers la clause de réserve de propriété en cas de concours quel qu'il soit, même en cas de faillite, si la clause est inscrite dans un écrit

¹⁰⁵ Cass. (1^{ère} ch.), 9 février 1933, Pas., 1933, I, 103 et avis Proc. Gén. LECLERCQ.

¹⁰⁶ "Les fournisseurs continueront à livrer de manière telle que le débiteur puisse non seulement survivre mais qu'eux-mêmes ne se trouvent point dans une situation critique en raison de l'impossibilité totale ou partielle de recouvrer leurs créances insuffisamment ou non garanties", (Y. DUMON, "Des faillites, banqueroutes sursis et concordats Evolution, tendances et souhaits de réforme", J.T., 1982, p. 189).

¹⁰⁷ Doc. Parl. Ch., session 1983-1984, n° 930/1 - et pour un commentaire du projet : "La réserve de propriété. Bientôt en Belgique", Bull. F.E.B., 1983, pp. 415 à 417.

établi au plus tard au moment de la délivrance du bien. Cet écrit n'est soumis à aucune forme spéciale. Dans son exposé des motifs, le Ministre P. HATRY précisait que "l'écrit traduit le souci de protéger les intérêts des tiers, tout en évitant de privilégier ce souci au point d'exiger que l'écrit ait date certaine, ce qui impliquerait nécessairement des formalités dont le poids enlèverait à la réforme une partie essentielle de son intérêt".

L'adoption du projet de loi mettrait enfin notre législation sur le même pied que d'autres législations voisines qui admettent déjà l'opposabilité de la clause de réserve de propriété. Ainsi, par exemple, la loi française du 12 mai 1980¹⁰⁸.

2) Le leasing¹⁰⁹.

Le leasing ou location-financement présente un lien certain avec la clause de réserve de propriété dans la mesure où l'entreprise de leasing conserve la propriété de la chose louée pendant toute la durée du contrat jusqu'à la levée de l'option. Le problème se pose également de savoir si cette "réserve de propriété" est opposable aux tiers, particulièrement en cas de faillite de l'utilisateur.

Afin de s'opposer à la revendication de l'entreprise de leasing, les curateurs de faillite tentent d'ailleurs souvent de soutenir que le contrat de leasing dissimule en réalité une vente à tempérament avec réserve de propriété et est, par conséquent, inopposable à la masse.

L'A.R. n° 55 du 10 novembre 1967 et l'A.M. du 23 février 1968 n'apportent pas de réponse à ce problème d'opposabilité parce qu'ils réglementent uniquement les conditions d'agrément des entreprises de leasing.

Un important arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 1981¹¹⁰ a cassé un arrêt de la Cour d'Appel d'Anvers du 30 juin 1980 qui avait déclaré non

¹⁰⁸ Pour un commentaire de cette loi en Belgique, voir P.A. FORIERS, "L'effet de la clause de réserve de propriété en cas de faillite et les projets de réforme - observations sur la loi française du 12 mai 1980 et la clause de réserve de propriété en droit belge", Entreprendre, octobre 1981, pp. 39 à 44.

¹⁰⁹ Une intéressante chronique de jurisprudence a récemment été consacrée au leasing. Voir F. BRUYNS et D. BUYSSCHAERT, "La location-financement ou leasing mobilier", Chronique de jurisprudence, 1966-1988, J.T., 1988, pp. 561 et ss.

¹¹⁰ Cass., 27 novembre 1981, J.C.B., 1982, p. 67, R.J.L., 1982, p. 241 et conclusions du Proc. Gén. F. DUMON.

fondée la revendication d'une entreprise de leasing pour le motif que celle-ci n'avait pas respecté l'obligation mise à charge des entreprises de leasing par l'article 2, 2° d) de l'A.M. du 23 février 1968, d'apposer sur les biens donnés en location une plaquette d'identification. La Cour de cassation a précisé que cette obligation ne constituait qu'une condition de l'agrément et était étrangère à des formalités de publicité pour la protection des tiers.

Comme le souligne à juste titre L. SIMONT, "on ne saurait naturellement inférer de cet arrêt que le curateur à la faillite de l'utilisateur ne pourra jamais s'opposer à la revendication de l'entreprise de leasing. L'arrêt d'Anvers a été cassé parce qu'il avait fondé sa décision sur la seule constatation du défaut d'apposition de la plaque prescrite par l'A.M."¹¹¹.

Néanmoins on peut admettre que l'entreprise de leasing - compte tenu de son rôle en matière de crédit - est en principe fondée à revendiquer le bien leasé en cas de concours sur les biens de l'utilisateur sauf à "démontrer" le mécanisme juridique mis sur pied par les parties et à analyser le contenu exact de leurs obligations : Si on aboutit à la conclusion que l'accord des parties n'avait pas comme base un contrat de location mais un contrat de vente à tempérament avec une clause de réserve de propriété, il faudra refuser la revendication pour inopposabilité de la clause de réserve de propriété aux créanciers de l'utilisateur.

Un arrêt de la Cour d'appel de Gand du 27 juin 1966¹¹² a cru pouvoir dégager le critère de distinction entre les deux types de contrat. Ce critère doit être recherché dans "l'importance de la différence entre la valeur résiduelle (c'est-à-dire la valeur vénale restante de la chose) et la somme qui demeurera à payer au moment de la levée de l'option. Lorsque cette différence est considérable, en ce sens que lors de la levée de l'option la somme à payer est très inférieure à la valeur résiduelle de la chose, il doit être décidé qu'il ne s'agit pas d'une location avec promesse unilatérale de vente mais d'une location-vente dissimulée sous la forme de leasing".

¹¹¹ L. SIMONT, "Observations sur l'évolution du droit des contrats". *J.T.*, 1982, p. 286, n° 5 et "Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent" in *"Les Sûretés"* *op. cit.*, p. 286. Plusieurs décisions ont fait droit à des actions en revendication. Bruxelles, 9 janvier 1976, *J.C.B.*, 1976, p. 345, obs.; Bruxelles, 3 novembre 1976, *J.C.B.*, 1977, p. 708; Cour supérieure de Justice de Luxembourg, 25 mai 1977, *J.T.*, 1977, p. 692, note MOUSEL; Mons, 30 avril 1985, *J.T.*, 1986, p. 350.

¹¹² Gand (5ème ch.), 27 juin 1966, *J.T.*, 1966, p. 270 qui se prononce nettement en faveur de l'opposabilité de la clause de réserve en cas de leasing à défaut de simulation.

Ce critère n'est pas à l'abri des critiques. Comme le font remarquer MM. VINCENT et DEHAN¹¹³, il convient, pour qualifier un contrat, de rechercher la volonté des parties au moment de la conclusion de celui-ci. Or, à ce moment, celles-ci sont bien en peine de connaître la valeur résiduaire réelle (compte-tenu du degré d'usure) que représentera l'objet du leasing au moment de la levée d'option.

La tentative des curateurs qui invoquent la simulation pour établir que le contrat de leasing n'est qu'un contrat de vente à tempérament deviendrait vaine au cas où l'opposabilité des clauses de réserve de propriété serait consacrée légalement.

IV. - Les clauses d'inaliénabilité.

La question de l'opposabilité de la clause d'inaliénabilité ne se pose que si la clause peut être considérée comme valable entre parties¹¹⁴.

Notre propos n'est cependant pas de débattre des conditions de validité d'une telle clause. À cet égard, la jurisprudence belge, bien que peu abondante en la matière, a de plus en plus tendance à s'inspirer des critères de l'article 900.1 du Code civil français selon lequel les clauses d'inaliénabilité ne sont valables que si elles sont temporaires et justifiées par un intérêt sérieux et légitime¹¹⁵.

Le problème est donc le suivant : si l'acquéreur d'un bien grevé d'une clause d'inaliénabilité reconnue comme valable passe outre l'interdiction stipulée, quelles sont les conséquences pour les tiers qui ont traité avec lui.

¹¹³ Note sous Gand 27 juin 1966, R.C.J.B. 1967, p. 242 ; dans le même sens : Comm. Bruxelles, 27 décembre 1972, 1975, p. 164 et Cour supérieure de Justice de Luxembourg, 25 mai 1985, 1986, p. 350.

¹¹⁴ Dans une espèce où un acte de donation-partage d'une part indivise d'une maison stipulait une réserve d'usufruit au profit du donateur et une clause d'inaliénabilité à charge des donataires, le trib. de 1ère instance d'Ypres a considéré cette clause illicite et par conséquent inopposable au créancier d'un des donataires (Civ. Ypres, 24 décembre 1958, RGEN, 1961-1962, p. 386 et obs.)

¹¹⁵ Civ. Furnes, 13 novembre 1947, RGEN, 1947-1948, p. 267 ; Civ. Ypres, 24 décembre 1958, RGEN, 1961-1962, p. 386 et obs. ; Anvers, 26 mars 1984, RGEN, 1986, p. 178 ; Civ. Anvers, 25 février 1988, Tijds. not., 1988, p. 201.

et quelle sanction éventuelle est attachée à cette aliénation ?

Il convient d'abord de relever que lorsque l'indisponibilité frappe un bien meuble, le tiers acquéreur de bonne foi est protégé par l'article 2279 du Code civil.

Pour le surplus, la réponse au problème varie selon la nature juridique que l'on attribue à la clause d'inaliénabilité.

Si on estime qu'une telle clause impose à l'acquéreur une obligation personnelle de ne pas faire, le tiers peut invoquer l'article 1165 du Code civil et dire que l'obligation de l'alienateur est une *res inter alios acta*¹¹⁶. Le disposant originaire ne bénéficie alors que d'une action en dommages et intérêts contre le grevé sous réserve de l'application de la théorie de la tierce complicité.

On peut également considérer que l'inaliénabilité est une modalité qui frappe le bien d'une indisponibilité réelle, en ce sens qu'elle frappe non la personne du grevé mais le bien cédé lui-même. Cette indisponibilité est comparable à l'inaliénabilité qui s'attache aux biens du domaine public. Dans ce cas, moyennant publicité, la clause d'inaliénabilité peut être opposée aux tiers¹¹⁷.

Ainsi, si la clause greve un bien immobilier, elle est opposable aux tiers si elle a été transcrite en même temps que l'acte (article 1er de la loi hypothécaire)¹¹⁸.

La sanction est la nullité de l'acte d'aliénation consenti au mépris de la clause mais il faut bien reconnaître le peu d'efficacité de cette sanction. En effet, il s'agit d'une nullité relative qui ne peut donc être invoquée que par celui dans l'intérêt duquel la prohibition a été établie c'est-à-dire, la plupart du temps, le grevé lui-même, qui a disposé du bien¹¹⁹.

DE PAGE considère que, dans cette hypothèse, l'auteur de la clause d'inaliénabilité n'a pas le droit d'invoquer la nullité parce que, s'il l'avait, il s'érigerait en tuteur de l'acquéreur qu'il entend protéger et cette tutelle

¹¹⁶ DELIEGE, Inaliénabilité, *Rép. not.*, t. II, Vol., 7, n° 31 ; DE PAGE, t. V, n° 909.

¹¹⁷ PUELINCKX-COENE, note sous Anvers, 26 mars 1984, 1985-1986, 1777, n° 7.

¹¹⁸ L'article 28, 2° du décret français du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière prévoit expressément cette hypothèse.

¹¹⁹ PUELINCKX-COENE, *note citée*, n° 7.

extra-légale est manifestement illicite¹²⁰. DELIEGE estime au contraire que ce droit doit lui être accordé sous peine de rendre illusoire la protection de l'intérêt du grevé et de priver la règle de sa sanction¹²¹.

Il n'empêche que si l'intérêt de la clause existe au profit de son auteur, il pourrait invoquer la nullité.

L'alienation consentie au mépris de la clause peut en outre remettre en cause l'acte initial lui-même sous l'effet d'une condition résolutoire et elle sera, dans ce cas, nulle pour avoir été faite a non domino (sous réserve de l'article 2279 en matière mobilière)¹²².

Il faut enfin distinguer l'alienation volontaire du bien par le grevé et son exécution forcée par un de ses créanciers.

Notre jurisprudence ne semble pas admettre l'opposabilité d'une clause d'inalienabilité au créancier qui veut procéder à l'exécution forcée du bien.

Ainsi, dans un jugement du 18 juin 1980, le juge des saisies de Furnes déclare inopposable au créancier saisissant d'un appartement la clause d'inalienabilité insérée dans l'acte de donation de cet appartement, en invoquant que "l'article 8 de la loi du 16 décembre 1851 déclare expressément que les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers et qu'il ne peut y être dérogé par des conventions personnelles"¹²³.

Dans un arrêt du 26 mars 1984, la Cour d'appel d'Anvers autorise les curateurs ayant pris une inscription hypothécaire sur un terrain reçu en donation par le failli, à procéder à la vente de ce terrain malgré l'existence d'une clause d'inalienabilité contenue dans l'acte de donation. La Cour relève "qu'il serait beaucoup trop facile de soustraire aux créanciers un bien qui doit servir à leur garantie commune (articles 7 et 8 de la loi hypothécaire) et, qu'en outre, il serait contraire à l'essence d'une convention de prêt hypothécaire de soustraire d'avance le bien qui doit servir à la sûreté du créancier hypothécaire"¹²⁴.

Dans la note qui suit cet arrêt Mme PUELINCKX-COENE expose que c'est parce qu'elle se rallie à la nature d'obligation personnelle de la clause

¹²⁰ DE PAGE, t. V, n° 909.

¹²¹ DELIEGE, op. cit., n° 33.

¹²² DELIEGE, op. cit., n° 31-32, DE PAGE, t. VIII, n° 340bis.

¹²³ Saisies Furnes, 18 juin 1980, RGEN, 1981, p. 201.

¹²⁴ Anvers, 26 mars 1984, RGEN, 1986, p. 179 et R.W., 1985-1986, 1772 plus note PUELINCKX-COENE.

d'inaliénabilité, que la Cour d'appel d'Anvers déclare ladite clause inopposable aux curateurs. Mme PUELINCKX-COENE précise par ailleurs que si l'on se rallie à la nature d'indisponibilité réelle d'une telle clause, celle-ci, moyennant le respect des formes de publicité, est opposable aux créanciers : les créanciers existants parce qu'ils ne peuvent pas profiter d'une augmentation de solvabilité de leur débiteur et les créanciers postérieurs parce qu'ils sont informés de la clause.

Cependant, rien ne permet de dire que la Cour d'appel d'Anvers ait opté pour l'une ou l'autre qualification juridique de la clause d'inaliénabilité. L'arrêt précité, comme la décision du juge des saisies de Furnes, ont seulement tranché une question d'opposabilité.

V. - Les obligations réelles ou propter rem.

1. - Notion.

La notion d'obligations réelles n'a pas encore fait, en Belgique, l'objet d'une théorie générale comme celle développée en France par les travaux de MM. MICHON, de JUGLART et ABERKANE¹²⁵.

Ce sont MM. HANSENNE et RENARD qui, dans notre pays, ont consacré à la notion d'obligations réelles les développements les plus importants¹²⁶.

On constatera immédiatement que ces auteurs adressent les plus vives critiques à l'endroit des auteurs français précités, en ce que ceux-ci ont voulu donner un statut propre à l'obligation réelle : La tentative d'ériger l'obligation réelle en concept autonome n'a guère eu d'autre motif que la volonté de démontrer la licéité d'un certain nombre de liens de service qu'il était difficile de valider en tant que servitudes, soit qu'ils profitassent

¹²⁵ L. MICHON, Des obligations propter rem dans le Code civil, Thèse, Nancy, 1891.
M. de JUGLART, Obligation réelle et servitude en droit français, Thèse, Bordeaux, 1937.
H. ABERKANE, Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, Paris, 1957.

¹²⁶ Nous nous inspirerons donc assez largement de leurs réflexions dans cette partie de l'exposé.

- HANSENNE, La servitude collective, Thèse, Liège, 1969, n°s 33 à 63.

- RENARD et HANSENNE, La propriété des choses et les droits réels principaux, vol. 1er, n°s 110 et ss.

- RENARD et HANSENNE, Les biens-généralités, Rép. not., t. II, Livre 2, n°s 25 et 26.

à une personne, soit qu'ils fussent établis à la charge de la personne même du propriétaire du fonds, sous forme de prestation positive" (par ex. en matière d'obligations de bâtir)¹²⁷.

L'obligation réelle n'est pas une notion autonome mais l'obligation corrélatrice au droit réel comme l'obligation personnelle est corrélatrice au droit personnel.

L'obligation réelle est ainsi définie comme l'obligation qui s'impose au débiteur non en tant que personne mais en tant que propriétaire de la chose sur laquelle s'exerce le droit réel. L'obligation réelle est donc liée à la propriété.

L'obligation réelle peut être principale. Elle se définit alors comme une prestation passive de service. "Dans certains cas, le service rendu est général : ainsi en est-il par exemple en matière d'usufruit, le nu-propriétaire étant tenu de laisser à l'usufruitier la faculté de bénéficier de toutes les possibilités d'usage et de jouissance que peut offrir la chose. Dans d'autres cas, le service est déterminé : ainsi en est-il en matière de servitudes, la faculté conférée au bénéficiaire du droit réel étant alors strictement limitée à l'une ou l'autre potentialité de la chose (offrir le passage, permettre l'écoulement des eaux usées, etc...)".

A côté de ces obligations réelles principales, il existe des obligations réelles accessoires. "Ce sont les prestations supplémentaires qui peuvent être imposées au propriétaire de la chose sur laquelle s'exerce le droit réel, en vue d'assurer un meilleur service. L'exemple le plus clair est fourni par les articles 697 et 698 du Code civil. Non seulement le propriétaire du fonds servant est tenu de mettre, dans les limites de la servitude constituée, son héritage au service du titulaire du droit réel (ce qui constitue l'obligation réelle principale) mais encore peut-il être astreint par le titre constitutif à accomplir des prestations de service accessoires et complémentaires, renforçant en quelque sorte l'efficacité du service principal : faire tous les ouvrages de nature à permettre l'usage et la conservation de la servitude"¹²⁸.

¹²⁷ RENARD et HANSENNE, op. cit., n° 12 et Rép. not., n° 26, p. 51.

¹²⁸ Pour ces définitions, voir : RENARD et HANSENNE, op. cit., pp. 18 à 21 et Rép. not., n° 25, p. 49.

Constitue également une obligation réelle, celle qui est imposée au propriétaire d'un fonds au profit du titulaire d'un droit d'usage ou d'habitation d'effectuer les réparations nécessaires à l'immeuble. Son exécution pourra être exigée de tous les propriétaires successifs¹²⁹.

2. - Caractéristiques.

a) L'obligation réelle se transmet en même temps que la chose à propos de laquelle elle est appelée à s'exercer.

Cet attachement de l'obligation réelle à la propriété nous permet notamment d'exclure de cette notion :

- l'obligation de compenser en cas de troubles de voisinage. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 20 juin 1975¹³⁰, il n'est plus contesté que l'obligation pèse sur celui qui a créé la situation ayant entraîné la rupture d'équilibre qui existait entre son fonds et le fonds du voisin alors même qu'il aurait entre-temps revendu ce fonds.

- l'obligation de garantie attachée à la chose vendue.

Cette obligation du vendeur initial se perpétue à l'égard du sous-acquéreur non parce qu'il s'agirait d'une obligation réelle (par hypothèse, la propriété a été transmise) mais parce que cette obligation de garantie est un accessoire de la chose vendue par le 1er acquéreur (article 1615 du Code civil)¹³¹.

b) L'obligation réelle présente un mode d'extinction spécifique : la faculté d'abandon ou le déguerpissement.

Le propriétaire peut s'en exonérer en abandonnant le bien grevé de l'obligation réelle.

Ce mode d'extinction est légalement consacré par les articles 656 du Code civil (abandon du droit de mitoyenneté) et 699 du Code civil (abandon du fonds servant).

¹²⁹ Cass. fr., 14 octobre 1981, Gaz. Pal., 1982/3 127, note PICHELIEVRE.

¹³⁰ Cass. (1ère ch.), 20 juin 1975, Pas., 1975, I, 1014 ; Cass., 5 mars 1981, Pas., 1981, I, 728.

¹³¹ "Le vendeur a l'obligation de délivrer la chose et l'article 1615 du Code civil étend cette obligation aux accessoires de cette chose : la garantie dont peut se prévaloir l'acheteur initial à l'égard de son vendeur constitue un accessoire de la chose revendue par le 1er acheteur au second acheteur : le second acheteur dispose, dès lors, d'une action directe en garantie à l'égard du premier vendeur..." Cass. (1ère ch.), 5 décembre 1980, Pas., 1981, I, 398.

L'acte d'abandon doit être transcrit pour être opposable aux tiers (article 1 de la loi hypothécaire), il implique en effet une mutation du droit de propriété.

A qui profite cette mutation ?

S'il s'agit de l'abandon de mitoyenneté, le copropriétaire du mur mitoyen acquiert d'office la part de son voisin dans le mur, en vertu du principe d'accroissement¹³².

En matière de servitude ou en ce qui concerne les obligations accessoires d'un autre droit réel démembré (usage, habitation.....), le titulaire du droit réel démembré ne deviendra propriétaire du fonds abandonné que s'il l'accepte.

Dans la négative, le fonds abandonné devient vacant et sans maître et en vertu des articles 539 et 713 appartient à l'Etat.

L'abandon lorsqu'il est autorisé¹³³ permet non seulement d'échapper aux charges futures mais aussi aux charges existantes à la condition qu'on se trouve bien en présence de charges "réelles"¹³⁴. Tel n'est pas le cas des charges actuelles qui sont liées à la jouissance : frais d'entretien du mur mitoyen ou ce que l'on appelle charge des fruits : entretien de la chose faisant l'objet de l'usufruit¹³⁵.

L'abandon de la chose grevée de la charge réelle exclut l'application de l'article 7 de la loi hypothécaire en vertu duquel on n'est tenu de remplir ses engagements sur tous ses biens.

Ainsi définie l'obligation réelle ne pose pas de problèmes particuliers d'opposabilité. Celle-ci est calquée sur l'opposabilité du droit réel dont elle est le corollaire.

Ainsi les charges réelles accessoires d'une servitude ou d'un autre droit réel démembré ne s'imposeront que si le titre qui les établit a été transcrit.

3. - Applications

¹³² DE PAGE, t. VI, n° 644 A.

¹³³ Il existe des exceptions à la faculté d'abandon, notamment en matière de mitoyenneté. DE PAGE, t. V, n° 1257 ; RENARD et HANSENNE, op. cit., vol. 3, n° 447.

¹³⁴ DE PAGE, op. cit., t. VI, n° 644. RENARD et HANSENNE, op. cit., vol. 1, n° 16.

¹³⁵ DE PAGE, t. VI, n° 359.

Les charges communes en cas de copropriété forcée, sont considérées généralement comme des obligations personnelles auxquelles la notion d'obligation propter rem est étrangère.

En conséquence, elles ne sont pas dues par le nouveau propriétaire¹³⁶.

Une clause stipulant la solidarité entre vendeur et acquéreur insérée dans le règlement de copropriété serait nulle¹³⁷.

¹³⁶ AEBY, La propriété des appartements, n° 291. Civ. Liège, 19 mai 1987, Rec. gén. enreg. not., 1989, n° 23668.

¹³⁷ Cass. fr., 13 mai 1987, RGEN, 1989, n° 23669, dans le même sens, R. DE COSTER "Les devoirs du notaire en cas de mutation d'un lot privatif", in ouvrage collectif "La copropriété". Bruylant, pp. 13 et ss. et les références citées.

IIIème partie

OPPOSABILITE PROBATOIRE ET SUBSTANTIELLE

D'autres rapports ont déjà abordé la question de l'opposabilité probatoire et substantielle.

Aussi, nous limiterons-nous à donner notre vision de cette distinction, qui nous paraît ambiguë.

La distinction "opposabilité probatoire et substantielle" évoque selon nous la question du FORMALISME qui consiste dans l'exigence d'éléments extérieurs et sensibles pour qu'une manifestation de volonté produise des effets juridiques¹³⁸.

Il existe 3 types de formalités :

1. Les formalités substantielles (ou solennelles) qui concernent la validité de l'acte : Ce sont les formes sans lesquelles l'acte qu'elles doivent accompagner est absolument dépourvu d'effets même entre parties.

La sanction est la nullité de l'acte.

2. Les formalités probatoires qui concernent la preuve de l'acte : Ce sont les formes en vertu desquelles l'acte ne peut être prouvé que selon certaines modalités. La sanction est l'impossibilité d'apporter valablement la preuve de l'acte.

3. Les formalités de publicité qui concernent l'opposabilité de l'acte : Ce sont les formes sans lesquelles l'acte, s'il n'a pas été porté à la connaissance des tiers d'une autre manière, ne pourra leur être opposé¹³⁹.

Les formalités de publicité ont naturellement retenu notre attention tout au long de ce rapport consacré à l'opposabilité des droits réels aux tiers.

Il n'est cependant pas nécessaire de faire de longs développements pour s'apercevoir que les deux autres types de formalités - particulièrement les formalités probatoires - peuvent également concerner les tiers et l'opposabilité des actes à ceux-ci.

¹³⁸ J.P. MASSON, op. cit., n° 10, p. 370.

¹³⁹ Cfr. 1ère partie du rapport sur le but de la publicité.

1. Les formalités substantielles concernent d'abord les parties puisqu'elles conditionnent la validité de l'acte entre elles.

Il n'y a pas de formalités substantielles pour la constitution ou le transfert des droits réels principaux qui, nous l'avons vu, se transmettent *solo consensu*¹⁴⁰.

De telles formalités existent par contre pour le droit réel accessoire qui constitue l'hypothèque : l'article 76 de la loi hypothécaire fait en effet de l'hypothèque conventionnelle un contrat solennel en stipulant qu'"elle ne peut être consentie que par acte authentique ou sous seing privé reconnue en justice ou devant notaire".

De même, nous avons relevé que le gage est considéré classiquement comme un contrat réel qui ne se forme que par le dessaisissement du débiteur et la remise de la chose entre les mains du créancier. Cependant, que l'on considère le gage comme un contrat réel ou consensuel (thèse de Mme STRANART), c'est, dans les deux cas, la dépossession du débiteur et la mise en possession du créancier qui constituent le mécanisme d'opposabilité aux tiers du contrat de gage. Il y a seulement que comme contrat réel, les conditions de validité du gage coïncident avec celles de son opposabilité ou, en d'autres termes, les formalités substantielles servent en même temps de formalités de publicité.

2. Les formalités probatoires concernent aussi bien les parties que les tiers.

On sait qu'entre parties, la preuve des actes juridiques est réglementée et dominée par le principe de la prééminence de la preuve écrite (article 1341 du Code civil). L'acte fait preuve entre parties et à l'égard des tiers sauf pour la date et sous réserve de la preuve contraire qui peut être rapportée par toutes voies de droit.

La date ne fait foi contre les tiers que si elle est "certaine" c'est-à-dire que si s'est produit l'un des trois événements énoncés par le texte de l'article 1328 du Code civil : enregistrement, décès d'une des parties, constatation dans un acte authentique.

Sont considérés comme tiers au sens de l'article 1328 du Code civil toutes les personnes qui n'ont pas figuré à l'acte, directement ou par représentation. Sont aussi des tiers les ayants-cause à titre universel d'une partie lorsqu'ils invoquent un droit propre qui les met en opposition avec

¹⁴⁰ Voyez cependant la proposition de loi - CEREXHE - modifiant les articles 1582, 1583 et 1589 du Code civil qui tend à solenniser la vente d'immeubles : Doc. Parl., Sénat, session 1988-1989, n° 764/1

l'auteur de l'acte ou d'autres personnes qui s'en prévalent, ainsi que les ayants-cause à titre particulier¹⁴¹. La notion de tiers au sens de l'article 1328 est donc plus étendue que celle de l'article 1er de la loi hypothécaire puisqu'elle vise, de manière générale, toutes les personnes qui n'ont pas "figuré" à l'acte, elles-mêmes ou par leur représentant et qui ont un droit concurrent réel ou personnel à faire valoir¹⁴².

Ces principes étant rappelés, il faut souligner comme le note à juste titre M. FONTAINE dans son rapport l'interférence nécessaire des problèmes de preuve et d'opposabilité : opposer un contrat ou un droit né de ce contrat suppose que l'on puisse établir la preuve de l'existence de ce contrat ou de son contenu. Nos juridictions ressentent bien cette jonction nécessaire. Ainsi un intéressant jugement du tribunal civil d'Arlon du 16 février 1989¹⁴³ rappelle que "Selon l'article 1328 du Code civil, la date des actes sous seing prive n'est opposable aux tiers que si s'est produit l'un des événements énoncés dans ce texte, à l'exclusion de tout autre, et qu'ainsi, pareil acte acquiert-il date certaine à partir du jour où il est enregistré" pour trancher le conflit entre deux personnes, tiers l'une par rapport à l'autre, qui ont conclu successivement deux compromis de vente avec le même vendeur relativement au même immeuble : c'est l'acquéreur qui a fait enregistrer en premier lieu le compromis de vente qui doit être préféré quand bien même ce compromis aurait été signé postérieurement à celui signé par un autre acquéreur. En fait, jamais le 1er acquéreur ne pourra prouver le fait de l'antériorité.

3. Les formalités de publicité qui ne concernent en principe que les rapports avec les tiers peuvent avoir une repercussion sur le rapport initial qui ne sera plus susceptible d'exécution en nature. En le rapprochant du cas que nous venons de citer concernant des compromis successifs de vente du même immeuble, prenons l'exemple de la vente successive du même immeuble¹⁴⁴ : c'est le deuxième acquéreur qui a fait transcrire son titre

¹⁴¹ P. VAN OMME-SLAGHE. Examen de jurisprudence (1974-1982) - Les obligations, R.C.J.B., 1988, n° 247.

¹⁴² Pour rappel, la qualité de tiers au sens de l'article 1er de la loi hypothécaire impliquait, outre l'existence de la bonne foi, un droit réel concurrent ou un droit de créance "mis en œuvre par la poursuite du débiteur".

¹⁴³ Civ. Arlon, 16 février 1989, J.L.M.B., 1989, p. 1091 et note E. HERINNE.

¹⁴⁴ C'est le conflit, dont nous avons déjà parlé antérieurement, entre deux acheteurs ayant acquis successivement le même immeuble d'un même vendeur : Civ. Liège, 26 novembre 1982, Jur. Liège, 1983, p. 431 et note M. BURTON.

et qui est de bonne foi qui devient propriétaire *erga omnes* à la place du premier acquéreur dont le contrat avec le vendeur lui avait pourtant transféré la propriété. Il ne restera au premier acquereur qu'à demander la résolution de la vente.
