

port de propriété d'une personne à l'autre et que, par suite, l'acte de société ne doit pas être transcrit. Ce serait mal raisonner. L'immeuble apporté dans la société par l'un des associés cesse d'être sa propriété exclusive, pour devenir la propriété commune des associés; il y a donc une mutation dans la propriété: celui qui était propriétaire exclusif n'est plus que copropriétaire, et les autres associés acquièrent un droit de copropriété qu'ils n'avaient point. L'article 1845 confirme cette opinion; il porte que l'associé est garant de l'éviction que la société éprouve de l'objet qu'il y a mis, de la même manière qu'un vendeur l'est envers son acheteur; ainsi le code assimile l'apport à une vente; ce qui est décisif au point de vue de la transcription (1).

68. Quand l'un des associés cède l'intérêt qu'il a dans une société dont l'actif comprend des immeubles, il faut distinguer s'il s'agit d'une société de commerce ou d'une société civile. Quand la société est commerciale, on applique l'article 529, qui porte: « Sont meubles par la détermination de la loi, les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie, encore que des immeubles dépendants de ces entreprises appartiennent aux compagnies. Ces actions ou intérêts sont réputés meubles à l'égard de chaque associé seulement tant que dure la société. » La conséquence est évidente en ce qui concerne la transcription: l'associé qui vend son intérêt dans une société commerciale, vend un droit mobilier; il ne peut donc pas s'agir de transcrire l'acte de cession.

Que faut-il décider si un associé cède sa part dans une société civile dont l'actif comprend des immeubles? Si la vente se fait à un étranger, la solution n'est point douteuse: l'acte devra être transcrit. En effet, dans une société civile, l'actif est la propriété des associés, puisque la société ne constitue pas un être moral; l'associé qui vend sa part vend donc sa part dans les immeubles qui font partie de l'actif social, partant, il fait une vente immobilière, ce qui rend la transcription nécessaire. Il en serait de même si l'associé cédait sa part à un associé, la nature

(1) Flandin. *De la transcription*, t. I, p. 173, n° 266. Aubry et Rau, t. II, p. 291, note 20, § 209.

du contrat ne change point d'après la qualité de l'acheteur. Toutefois, il y a un cas dans lequel l'acte ne serait plus translatif de propriété; s'il n'y avait que deux associés et si l'un cédait sa part à l'autre, la cession mettrait fin à la société et tiendrait lieu de partage. D'après notre législation, cela est indifférent, puisque les actes déclaratifs de propriété immobilière sont aussi soumis à la transcription; tandis que, d'après la loi française, le partage ne devant pas être transcrit, il n'y aurait pas lieu à transcription dans l'espèce (1).

69. Si l'acte de liquidation d'une société contenait un transport de propriété, il va sans dire qu'il serait sujet à transcription. D'après notre législation, il y aurait lieu à transcription, quand même l'acte serait simplement déclaratif de droits réels immobiliers.

Il a été jugé, en vertu de la loi française de 1855, que l'acte par lequel un époux cède à l'autre ou à ses héritiers, en cas d'acceptation de la communauté par la femme, un immeuble à lui propre, et destiné à remplir l'autre de ses reprises, est sujet à transcription. Il en serait de même si le mari cédait à sa femme, acceptant la communauté, un immeuble de la communauté pour la remplir de ses reprises; dans ce cas on pourrait soutenir qu'il y a partage, ce qui donne lieu à controverse en droit français (2); d'après notre loi, il y a toujours lieu à transcription, que l'acte soit déclaratif ou translatif de propriété immobilière.

5. DE LA TRANSACTION.

70. En principe, la transaction est un acte déclaratif de propriété; les parties contractantes n'entendent pas transmettre des droits ni en acquérir, elles préviennent une contestation ou elles mettent fin à un procès; quant aux biens immobiliers qu'elles gardent ou qu'elles reçoivent, la transaction les leur attribue, comme leur ayant appartenu avant le litige, elles n'acquièrent donc rien; partant,

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 291, notes 21 et 22, § 209 et les auteurs qu'ils citent.

(2) Rejet, 8 mars 1875 (*Dalloz*, 1876, 1, 369).

l'acte ne doit pas être transcrit comme acte translatif de propriété immobilière (1).

Doit-il être transcrit comme acte déclaratif? La question est douteuse. En théorie, il faudrait se décider pour la transcription. Les tiers sont intéressés à connaître le résultat de la transaction, c'est un des éléments de la situation immobilière de celui avec qui ils traitent; si la transaction ne transfère pas la propriété, du moins elle la consolide, ce que les tiers sont aussi intéressés à savoir. Mais la question doit être résolue d'après le texte. Or, la loi ne soumet pas à la publicité tous les actes que les tiers auraient intérêt à connaître; l'article 1^{er} de la loi hypothécaire doit donc être interprété restrictivement (n^o 31). Reste à préciser ce que l'on doit entendre, dans l'article 1^{er}, par actes *déclaratifs* de droits réels immobiliers. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur ce point; le législateur a voulu soumettre à la transcription les partages; le texte est donc étranger à la transaction. Ce qui lève tout doute, c'est que la loi n'ordonne pas la transcription de tous les jugements: il n'y a que les jugements qui transfèrent la propriété et ceux qui tiennent lieu de titre, dont le législateur prescrit la publicité; il en doit être de même des transactions qui tiennent lieu de jugement.

On pourrait croire que la transaction est soumise à la transcription parce qu'elle implique une renonciation, toute transaction contenant un sacrifice réciproque que les parties font pour leur tranquillité. Or, la loi soumet à la transcription les renonciations à des droits réels immobiliers, ce qui semble rendre nécessaire la publicité des transactions. Toutefois, il faut décider que les transactions ne doivent pas être transcrites à titre d'actes de renonciation. Nous disons plus loin que la loi entend par là des actes qui emportent une transmission de propriété immobilière. Or, la transaction n'est pas, par sa nature, translative de propriété: ce qui est décisif (2).

71. Il y a cependant des cas où la transaction est trans-

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 239, n^o 69.

(2) Troplong, *De la transcription*, p. 241, n^o 71. Comparez le t. XXVIII de mes *Principes*, n^o 397.

lative de propriété et où, par conséquent, elle doit être transcrite. Nous en avons fait la remarque, au titre qui est le siège de la matière. Si l'une des parties abandonne à l'autre un immeuble sur lequel il n'y avait pas de contestation, cet abandon constitue une transmission de propriété immobilière, et partant, il y a lieu à la transcription (t. XXVIII, n^o 394).

6. DU CONTRAT DE MARIAGE.

72. Le contrat de mariage doit être transcrit quand il contient une transmission de propriété. C'est le droit commun, et la loi ne fait aucune exception à la règle pour les conventions matrimoniales. Elle les voit avec une grande faveur et, pour ce motif, elle dispense de l'acceptation expresse les donations qui y sont faites. Mais il n'y avait aucune raison de les dispenser de la transcription, prescrite dans un intérêt social.

73. Il y a des contrats de mariage tacites: telle est la communauté légale. Sous ce régime, les époux mettent en commun leur fortune mobilière présente et future, ce qui est étranger à la transcription. Ils mettent encore en commun la jouissance de leurs biens immeubles. Est-ce un véritable usufruit, c'est-à-dire un droit réel immobilier? La question est controversée. Nous croyons que de quelque manière que l'on considère la jouissance de la communauté, il n'y a pas lieu à la transcription. Pour transcrire il faut un acte, or, dans l'espèce, il n'y a pas d'acte; la base de la transmission fait donc défaut. Si le législateur avait voulu que la transmission à la communauté de la jouissance des propres fût rendue publique, il aurait dû prescrire un mode de constater cette transmission, c'est-à-dire un écrit authentique que le conservateur aurait été chargé de transcrire. Il ne l'a pas fait, dès lors la transcription devient impossible, ce qui tranche la difficulté.

74. Elle se représente dans la communauté d'acquêts, sous le régime d'exclusion de communauté et sous le régime dotal. La solution dépend du point de savoir si la jouissance de la communauté ou du mari est un droit réel

immobilier. On admet généralement que, sous le régime dotal, le mari est un véritable usufruitier, et l'on enseigne que le contrat de mariage doit être transcrit quand la constitution de dot est faite à titre particulier. Si elle est à titre universel, on décide que la transcription ne doit pas être faite, parce que le mari n'y a aucun intérêt; et il n'y est pas intéressé, parce que étant usufruitier universel de la dot, il est tenu de toutes les dettes antérieures de la femme, donc aussi de la garantie s'il évinçait un acquéreur qui n'aurait pas transcrit. Pour la même raison on décide qu'il n'y a pas lieu à transcription sous les deux autres régimes où le mari est usufruitier de tous les biens de la femme (1). Il y aurait bien des choses à objecter à cette argumentation. Nous nous bornons à un motif de décider qui nous paraît péremptoire : le contrat de mariage est-il, oui ou non, translatif d'un droit réel immobilier? Si oui, la transcription doit être faite, quand même le mari n'y aurait aucun intérêt, en ce sens que la loi la prescrit, pour que le mari puisse opposer son droit aux tiers, sauf à voir ensuite quelle est l'obligation du mari à l'égard des tiers; si l'acte n'est pas translatif d'un droit réel immobilier, le mari n'est pas tenu de transcrire, quand même les tiers et par conséquent le mari y seraient intéressés. En d'autres mots, l'intérêt est une question de fait, que l'on ne peut jamais décider d'une manière absolue *a priori*. La question doit donc être décidée en droit; et en droit, il n'y a pas de question, dès que l'on admet que le contrat de mariage est translatif d'un droit réel immobilier. Or, l'on est d'accord sur ce point, quand les époux sont mariés sous le régime dotal, ce qui est décisif pour les autres régimes, car la jouissance du mari est la même, sauf des différences de détail qui sont étrangères à la difficulté.

75. Les clauses d'ameublement doivent-elles être transcrites? Il y a une grande divergence d'opinions sur cette question (2). La signification même de ces clauses est controversée, comme nous l'avons dit au titre du *Contrat*

(1) Troplong, *De la transcription*, p. 253, nos 84-88. Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 128, nos 50 et 51. En sens contraire, Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, p. 105, nos 143-146.

(2) Voyez Aubry et Rau, t. II, p. 292, et notes 24 et 25, et les auteurs cités

de mariage. A notre avis, la question est décidée par les textes. Tout acte translatif d'immeubles doit être transcrit pour être opposable aux tiers. La difficulté se réduit donc à savoir si l'ameublement est translatif de propriété. Or, les textes répondent à notre question. La loi distingue l'ameublement déterminé et l'ameublement indéterminé. Aux termes de l'article 1506, l'ameublement est déterminé quand l'époux a déclaré ameubler et mettre en communauté un tel immeuble, en tout ou jusqu'à concurrence d'une certaine somme; et l'article 1507 porte que l'ameublement déterminé a pour effet de rendre les immeubles qui en sont frappés, biens de la communauté comme les meubles mêmes. Donc l'ameublement déterminé est, dans les deux cas, translatif de propriété, ce qui décide la question de transcription. On fait des objections pour le cas où l'ameublement a lieu jusqu'à concurrence d'une certaine somme. Nous y avons répondu au titre du *Contrat de mariage* (t. XXIII, n° 267).

Quant à l'ameublement indéterminé, le code dit (art. 1508) qu'il *ne rend point la communauté propriétaire* des immeubles qui en sont frappés : donc cette clause n'est pas translative de propriété, dès lors il ne peut être question de la transcrire. On objecte que ladite clause oblige l'époux qui l'a consentie à comprendre dans la masse, lors de la dissolution de la communauté, quelques-uns de ses immeubles, jusqu'à concurrence de la somme par lui promise. Si ces immeubles tombent au lot de l'autre conjoint ou de ses héritiers, il en résultera une transmission de propriété : cette transmission ne doit-elle pas être rendue publique, en vertu de la règle générale de l'article 1^{er} de notre loi hypothécaire? L'affirmative est certaine; reste à savoir quel est l'acte qui doit être rendu public. A notre avis, c'est l'acte de partage, car la clause d'ameublement ne fait pas connaître l'immeuble que l'époux mettra dans la masse. Ce qu'il y aurait de plus logique, ce serait de dresser un acte séparé qui constate l'apport et la transmission de l'immeuble à l'autre conjoint (1).

(1) Voyez, sur ce dernier point, Aubry et Rau, t. II, p. 293, et note 26, et les auteurs cités.

La communauté universelle a pour effet d'ameublir tous les immeubles des époux, et d'en transporter la propriété à la communauté; donc le contrat de mariage qui stipule ce régime doit être transcrit (1).

76. Il y a encore, en matière de communauté, un acte fréquent qui donne lieu à de vives controverses. Le remploi est une acquisition d'un immeuble, faite des deniers provenant de l'aliénation d'un propre de l'un des époux, avec déclaration que cette acquisition est faite pour lui tenir lieu du propre vendu. L'acquisition d'un immeuble est certainement un acte translatif de propriété immobilière, et à ce titre l'acte doit être transcrit. Sur ce point il ne saurait y avoir de doute; mais il y a quelque chose de spécial en ce qui concerne le remploi fait au profit de la femme. Aux termes de l'article 1435, la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme et pour lui servir de remploi ne suffit point, si elle n'a formellement accepté le remploi. On demande si l'acte contenant l'acceptation de la femme doit être transcrit. Les avis sont très-divisés, ce qui tient à l'incertitude qui règne dans la doctrine sur la nature de l'acceptation de la femme. Nous avons enseigné qu'il fallait s'en tenir à la tradition, d'après laquelle l'acquisition est faite par le mari, en sa qualité d'administrateur légal, c'est-à-dire, de mandataire, mais avec cette restriction, que la loi ne lui permet pas de faire le remploi sans le concours de la femme. On se trouve donc dans le cas prévu par l'article 1998 : la femme mandante n'est tenue de ce qui a été fait au delà de son mandat, qu'autant qu'elle l'a ratifié; et cette ratification, d'après l'article 1435, doit être formelle. Il suit de là qu'il n'y a transmission de l'immeuble à la femme, que lorsqu'elle a accepté le remploi. D'après cela il nous semble que l'acceptation est une partie intégrante de l'acte, partant, elle est soumise à la transcription. L'intérêt des tiers l'exige. Si l'acte d'acquisition seul est transcrit, les tiers ne sauront pas, par les registres du conservateur, qui est propriétaire; c'est cepen-

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 293, et note 27, § 209, et les auteurs cités.

dant là le premier renseignement que la transcription est destinée à leur fournir. Quand la femme accepte, elle est censée avoir acheté, le mari disparaît, comme le mandataire en présence du mandant, mais il faut qu'il y ait preuve du mandat; or, dans l'espèce, le mandat résulte de la ratification qui équipolle au mandat; donc l'acceptation complète l'acquisition; elle doit être, par conséquent, portée à la connaissance des tiers (1).

N° 3. DES ACTES TRANSLATIFS DE DROITS RÉELS IMMOBILIERS.

77. Les démembrements de la propriété constituent, à proprement parler, les *droits réels immobiliers* dont parle l'article 1^{er} de la loi. Quand ils sont établis par acte entre-vifs, il y a lieu à transcription. Il est vrai que, dans ce cas, l'expression dont la loi se sert est impropre. On ne dit pas de celui qui constitue un droit réel, qu'il *transfère* ce droit; cependant, au point de vue des principes, le mot *translatif* peut se justifier. Si je constitue un usufruit (2), une emphytéose (t. VIII, n° 366), une superficie (t. VIII, n° 417), une servitude réelle (t. VIII, n° 155), je transmets à l'acheteur un démembrement de mon droit de propriété, lequel comprend tous les droits réels qui peuvent en être détachés; en ce sens l'acte est *translatif* et tombe sous l'application littérale de l'article 1^{er} de notre loi hypothécaire.

Nous venons d'énumérer les droits réels qui sont un démembrement de la propriété d'un immeuble (2). Il faut y ajouter l'usage d'un immeuble, et le droit d'habitation qui a nécessairement pour objet un immeuble. Quant aux privilèges immobiliers et aux hypothèques, nous dirons plus loin que ce sont aussi des droits réels immobiliers, mais la loi a organisé une publicité spéciale pour les actes qui les constatent. Il s'agit des actes qui constituent les privilèges

(1) Voyez, en sens divers, Mourlon, *De la transcription*, t. I, p. 133, nos 53-62; Flandin, *De la transcription*, t. I, p. 203, nos 299 et 300; Aubry et Rau, t. II, p. 289, note 10, § 209.

(2) Nous avons examiné, au titre de l'*Usufruit*, les difficultés qui se présentent en matière de transcription (t. VI, nos 347-351).

et les hypothèques. Quant à la transmission des créances privilégiées et hypothécaires, la loi la soumet également à une publicité spéciale (art. 5).

78. La publicité des servitudes donne lieu à quelques difficultés. On demande d'abord si les servitudes apparentes doivent être rendues publiques par la transcription des actes entre-vifs qui les constituent. Si l'on s'en tient au texte, il n'y a aucun doute; ces servitudes sont des droits immobiliers, donc la loi est applicable. D'après le projet du gouvernement, tel qu'il avait été admis par la commission et par la chambre des représentants, la constitution des servitudes apparentes n'était pas soumise à la publicité. Ces servitudes, disait la commission spéciale, sont peu dommageables pour la propriété, et elles s'annoncent d'ailleurs par des signes qui frappent les yeux : à quoi bon rendre publiques des charges qui sont publiques de leur nature? C'étaient d'assez mauvaises raisons. Nous venons de dire (n° 74) que la considération d'intérêt est indifférente au point de vue du droit, parce qu'on n'est jamais sûr qu'il n'y ait pas d'intérêt à la publicité quand il s'agit d'un acte qui, par sa nature, intéresse les tiers. Le gouvernement et la chambre des représentants trouvaient que la transcription était inutile, le sénat fut d'avis qu'elle était utile; et il avait raison. Quel est le grand avantage de la publicité? C'est, d'une part, de mettre l'acquéreur d'un immeuble, ainsi que les créanciers, à l'abri du préjudice qu'ils éprouveraient si l'on pouvait leur opposer des actes antérieurs à leur acquisition et non transcrits; or, la servitude apparente peut rester occulte tant qu'elle n'est pas exercée; les apparences peuvent encore être trompeuses. Il n'y a qu'un moyen certain d'empêcher les actes occultes, c'est d'en ordonner une publicité légale. Cette publicité a encore l'avantage de donner aux tiers une connaissance exacte de la situation immobilière de celui avec qui ils traitent; ils n'ont qu'à consulter le registre aux transcriptions. Mais il faut pour cela que ce registre soit complet; un registre incomplet induit en erreur, parce que les tiers peuvent croire qu'il n'y a pas d'autres charges que celles qui y sont mentionnées; ce serait un mauvais système de

publicité que de les obliger à parcourir les fonds de leur débiteur, pour voir s'ils ne sont pas grevés de servitude. La commission du sénat conclut qu'il fallait ordonner la publicité des servitudes, quand même elle pourrait se trouver inutile (1). Voilà le vrai principe en matière de publicité.

79. La commission du sénat dit, dans son rapport, que la transcription n'est évidemment pas exigée pour les servitudes légales. Cela est trop absolu. L'expression de *servitudes légales* désigne des charges d'une nature très-différente; il faudrait encore y comprendre, d'après la terminologie du code, les servitudes qui dérivent de la situation des lieux, car il est certain que les charges n'existent que parce que la loi les établit; en ce sens, ce sont aussi des servitudes légales.

Dans cette large acception, le mot *servitudes légales* comprend des charges qui ne sont pas des servitudes; ce sont plutôt des modifications de la propriété que la coexistence des hommes dans l'état de société rend nécessaires. Jusqu'où doivent ou peuvent aller ces restrictions, sans qu'il en résulte pour le propriétaire un droit à une indemnité? Cette question, très-délicate en théorie, a été tranchée par notre législation contre les propriétaires; ils doivent subir les charges que la loi ou la nature leur impose, sans indemnité aucune, sauf dans les cas où la loi leur donne droit à une indemnité. C'est dire que la propriété peut être restreinte sans qu'il en résulte un démembrement, une aliénation partielle; en ce sens, les servitudes légales qui apportent des restrictions au droit de propriété ne sont pas des droits réels immobiliers; partant il n'y a pas lieu de les rendre publiques. Si le législateur avait voulu les soumettre à la publicité, il aurait dû organiser un mode de les constater par des actes, car les servitudes légales étant établies par la loi, la base manque à la transcription.

On peut rapporter à ces charges légales qui restreignent la propriété ce que l'on appelle parfois la servitude d'ali-

(1) Rapport de la commission spéciale (Parent, p. 13, 7°), et de la commission de la chambre des représentants (Parent, p. 115); Rapport de la commission du sénat (Parent, p. 397).