

Droits d'emphytéose et de superficie

Nicolas BERNARD

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles*

Introduction

1. Par sa loi du 4 février 2020¹, l'Autorité fédérale n'a pas seulement touché au Code civil; elle a étendu son zèle réformateur aux législations de 1824 sur les droits d'emphytéose² et de superficie³, qu'elle a abrogées formellement tout en réservant à ces prérogatives des développements substantiels au sein du livre 3 du nouveau Code civil⁴. Vieux de près de deux siècles et conçus dans un contexte essentiellement rural, ces mécanismes requéraient une (sérieuse) mise à jour; entre autres objectifs, il fallait les configurer plus étroitement en fonction des montages immobiliers (en soutènement desquels ils sont convoqués) et leur faire intégrer la nouvelle réalité des volumes (avancée par la doctrine et la jurisprudence). De fait, loin d'être une institution surannée, l'emphytéose conserve un pouvoir d'attraction fort aujourd'hui, permettant à son titulaire de réduire la charge fiscale de l'opération immobilière (2 % de droit d'enregistre-

* Cette contribution s'inspire librement (tout en adaptant, étoffant et actualisant le propos) de N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », in N. Bernard (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 235 et s.

¹ Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020. Sur cette loi, on consultera (outre le présent ouvrage) P. LECOCQ et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020; N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021; N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020; N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, ainsi que N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, « La réforme 2020 du droit des biens. La modernisation dans la continuité », *J.T.*, 2020, pp. 413 à 420 (1^{re} partie) et 429 à 437 (2^{de} partie). Pour un exposé de la réforme avant son adoption définitive, voy. P. LECOCQ et V. SAGAERT, *La réforme du droit des biens/De hervorming van het goederenrecht. Le projet de la Commission de réforme du droit des biens/Het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het goederenrecht*, Bruxelles, die Keure/la Charte, 2019; S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le Code civil », in B. Havet (dir.), *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 11 et s., ainsi que P. LECOCQ (dir.), *Biens, propriété et copropriété: controverses et réformes*, coll. CUP, vol. 192, Liège, Anthemis, 2019.

² Loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

³ Loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁴ Titres 7 et 8 respectivement.

ment⁵, contre 12,5 % pour un transfert en pleine propriété⁶) et d'augmenter sa capacité de financement bancaire (grâce au recours à l'hypothèque)⁷, tout en offrant aux parties la possibilité de se soustraire à des législations davantage contraignantes (comme celle sur le bail commercial). À preuve ou à témoin, il a été fait choix, lorsqu'il s'est agi de bâtir la plus récente ville du pays (Louvain-la-Neuve), de recourir au droit d'emphytéose, exclusivement⁸. La curiosité était grande dès lors de voir ce que le législateur de 2020 a fait de ces deux droits issus de la période hollandaise.

Section 1

Droit d'emphytéose

Sous-section 1

Définition

2. En 1824, le droit d'emphytéose est décrit comme suit : « L'emphytéose est un droit réel, qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété »⁹. Qu'en est-il en 2020 ? Aujourd'hui, « le droit d'emphytéose est un droit réel d'usage conférant un plein usage et une pleine jouissance d'un immeuble par nature ou par incorporation appartenant à autrui »¹⁰. Plusieurs enseignements s'en dégagent.

3. D'abord, cette définition se distingue par une appréciable cohérence terminologique avec le reste du nouveau Code civil. Les termes « usage » et « jouissance » renvoient directement en effet aux prérogatives du propriétaire¹¹ ; et on

⁵ Art. 83, al. 1^{er}, 3^o, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne (une exception est cependant faite en faveur des ASBL pour lesquelles le taux est arrêté à 0,5 %) ; c'était même 0,2 % avant la loi-programme du 28 juin 2013, *M.B.*, 1^{er} juillet 2013 (article 12, *litt.* a), mais il fallait « quelque peu rapprocher ce droit du taux du droit de vente » (projet de loi programme, commentaire des articles, *Doc. parl.*, sess. ord. 2012-2013, n^o 53-2853/001, p. 15). Notons encore que ce pourcentage se calcule sur la valeur totale des redevances et charges imposées à l'emphytéote (lire de manière combinée l'art. 83, al. 3, et l'art. 84, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne). Voy. sur le thème E. SANZOT, *Les droits réels démembrés - Aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 168 et s., ainsi qu'O. D'AOUT, « Les aspects fiscaux des droits d'emphytéose et des droits de superficie », *Pacioli* (revue de l'Institut Professionnel des Comptables et Fiscalistes agréés), n^o 429, 2016, pp. 3 et s.

⁶ À Bruxelles et en Wallonie à tout le moins (art. 44, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne).

⁷ Voy. B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 322.

⁸ Voy. N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 751 et s.

⁹ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

¹⁰ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹¹ Art. 3.50 du nouveau Code civil.

les retrouve également dans la définition du droit d'usufruit¹². Mais, fussent-ils « pleins », l'usage et la jouissance ne vont pas jusqu'à doter l'emphytéote de la troisième prérogative traditionnelle qu'est l'*abusus* (à moins que l'intéressé ait acquis ou réalisé des ouvrages¹³). C'est notamment ce qui distingue l'emphytéose du droit de superficie qui, lui, confère à son titulaire la « propriété » (de volumes)¹⁴.

Au passage, notons que la prérogative d'usage a été ajoutée par rapport à la loi de 1824, qui se bornait à évoquer le pouvoir de jouissance de l'emphytéote. Il faut moins y voir cependant un véritable changement de fond qu'une ratification formelle de ce qui se pratiquait déjà.

4. Ensuite, une certaine fidélité est de mise par rapport au texte antérieur : l'emphytéose est toujours ce droit réel permettant d'avoir une « pleine jouissance » d'un immeuble (corporel) appartenant à autrui¹⁵. Tout juste précise-t-on aujourd'hui qu'il doit s'agir d'un « immeuble par nature ou par incorporation »¹⁶. Il s'en infère une conséquence loin d'être anodine : la définition très large donnée à l'immeuble par nature fait que l'emphytéose peut porter tant sur un sol que sur un sous-sol ou un sur-sol (*cf.* les « volumes » composant ce type d'immeuble, « déterminés en trois dimensions »¹⁷). Il est permis dès lors de se demander si cette notion de volumes n'aurait pas dû, comme pour la superficie¹⁸, figurer dans la définition même du droit (l'emphytéose ici)¹⁹.

N'est pas visé par le droit d'emphytéose, *a contrario*, l'immeuble par destination (ou les accessoires²⁰), ce troisième élément de la trilogie immobilière traditionnelle (à côté des immeubles par nature et par incorporation)²¹. Il est vrai qu'on a là, à la base, un *meuble*, que seule une fiction a rendu immeuble (par l'exploitation économique qui en est faite ou encore son utilisation artistique)²². Il est exact également que l'exigence principielle associée à l'emphytéose d'avoir des personnes différentes pour le constituant et l'emphytéote (puisque le droit

¹² Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹³ « Si l'emphytéote acquiert ou réalise des ouvrages ou plantations, librement ou sur obligation, celles-ci sont sa propriété, en application de l'article 3.182 » (art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil).

¹⁴ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

¹⁵ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

¹⁶ Art. 3.167, al. 1^{er}, *in fine*, du nouveau Code civil.

¹⁷ « Sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions » (art. 3.47, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

¹⁸ Art. 3.177 du nouveau Code civil. Voy. *infra* n^{os} 51 et s.

¹⁹ Voy. l'audition à la Chambre des représentants des représentants de la Fédération royale du Notariat belge (proposition de loi portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n^o 55-0173/004, p. 71).

²⁰ Voy. les art. 3.9 et 3.47, al. 4, du nouveau Code civil.

²¹ Voy. l'intitulé de l'art. 3.47 du nouveau Code civil.

²² Sur ce sujet, voy. notamment C. ROUSSEAU, « Titre 2. Classification des biens », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 81 et s.

d'emphytéose porte obligatoirement sur un immeuble « appartenant à autrui »²³) peut sembler antagonique avec la condition d'unicité de propriété attachée à la notion d'immeuble par destination (un bien n'étant ainsi « l'accessoire » d'un autre bien que « dans la mesure où ils appartiennent à la même personne »²⁴). Il convient toutefois de considérer, concernant ce second point, que le bien immeuble principal²⁵ n'est pas nécessairement le fonds (qui reste sans contre-dit dans les mains du bailleur emphytéotique), mais le *bâtiment* élevé par l'emphytéote (et qui, lui, est la propriété de ce dernier²⁶), ce qui remplirait alors la condition précitée d'unicité²⁷; du reste, la notion de « fonds » a disparu aujourd'hui²⁸ de la définition légale de l'immeuble par destination, cédant la place au plus générique « immeuble »²⁹. On ne voit pas dès lors ce qui empêcherait, en droit, l'emphytéote d'immobiliser un meuble servant à l'exploitation économique dudit ouvrage ou de constituer une sous-emphytéose sur celui-ci (avec ses effets mobiliers)³⁰.

5. Un élément a disparu de la définition : l'idée de redevance (annuelle³¹). Opérons à cette occasion un rapide zoom arrière. Dans la loi de 1824³², celle-ci apparaissait non pas seulement comme une obligation tirée du droit d'emphytéose, mais comme un élément même de la définition de cette prérogative³³. Et si aucune contrepartie n'était prévue, on n'était plus en présence d'une emphytéose alors, mais d'un commodat (dit aussi prêt à usage)³⁴. Cette somme n'était nullement à assimiler à un loyer toutefois (lequel est le reflet de l'utilisation du bien). Comme la loi l'indiquait elle-même, il s'agissait juste d'un montant *reconnitif* du droit de propriété et qui, partant, ne devait correspondre ni à la jouissance tirée du bien ni aux fruits que celui-ci pouvait produire. Partant, ce « canon » (comme on l'appelait) était plafonné généralement à des hauteurs peu

²³ Art. 3.167, al. 1^{er}, *in fine*, du nouveau Code civil. Voy., pour une illustration *a contrario*, Cass., 12 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 2012.

²⁴ Art. 3.9, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁵ À l'exploitation duquel le meuble sert.

²⁶ Par l'effet de l'art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

²⁷ C'est ce que n'a pas vu (à notre estime) Cass., 12 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 2012.

²⁸ Comp. avec l'art. 524, al. 1^{er}, de l'ancien Code civil (abrogé).

²⁹ « Les accessoires d'un immeuble sont réputés immeubles par destination » (art. 3.47, al. 4, du nouveau Code civil).

³⁰ Au-delà du fait que « si l'emphytéose porte sur un immeuble auquel certains meubles sont destinés, ceux-ci sont inclus dans l'objet du droit d'emphytéose (par exemple, si l'emphytéose porte sur un grand magasin, les meubles reliés à ce dernier par une destination économique feront partie de l'immeuble objet du droit d'emphytéose) » (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

³¹ Sur la possibilité d'un paiement *unique*, voy. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 394.

³² Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose : « L'emphytéose est un droit réel, qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, *sous la condition de lui payer une redevance annuelle*, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété » (souligné par nous).

³³ Voy. aussi l'art. 10, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

³⁴ Voy. les arts. 1875 et s. de l'ancien Code civil (toujours d'application).

élevées. Les excéderait-il que la convention risquait alors d'être constitutive d'«abus fiscal»³⁵ (avec application automatique du taux de droit d'enregistrement non plus réduit, mais normal³⁶) et encourrait par ailleurs, sur le plan civil, une requalification³⁷ (le contrat pouvant être commué en bail commercial par exemple³⁸). Et la faiblesse du loyer ne prémunissait pas les parties contre cette requalification au cas où les *autres obligations* faisaient immanquablement songer à un autre contrat³⁹.

Ceci étant, l'évolution récente de l'emphytéose tendait à éousser ce caractère symbolique, auquel est parfois substituée une valeur plus en phase avec les réalités du marché (proche même du loyer dans certains cas⁴⁰). Dans la ligne, l'Université catholique de Louvain assortit les contrats d'emphytéose (qu'elle conclut relativement à ses terrains) d'une « redevance d'infrastructure » significativement plus lourde que le canon lui-même⁴¹.

Et en 2020 ? Imposé historiquement donc à des fins de reconnaissance du droit de propriété⁴², le caractère nécessairement onéreux du droit a perdu de sa justification depuis la création des registres hypothécaires (et l'introduction de l'obligation corrélatrice de transcription des actes constitutifs de droits réels immobiliers⁴³) ; telle est la raison principale en tous cas qui a conduit à l'abandon de ce critère⁴⁴. De toute façon, le canon plafonnait déjà à des niveaux symboliques, pour les raisons précitées ; l'ébranlement ne sera pas total dès lors. Il le sera d'autant moins que rien n'empêche les parties de prévoir tout de même dans leur convention un tel canon (périodique ou unique), ne serait-ce que pour fournir la contrepartie pécuniaire de l'emphytéote au droit d'usage et de jouissance (pleins) à lui reconnu sur l'immeuble d'autrui ; mais si prix il y

³⁵ Sur pied notamment de l'art. 18, § 2, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (Régions wallonne et de Bruxelles-Capitale notamment).

³⁶ Voy. de manière générale sur la question L. HERVE, « Superficie, emphytéose et travaux : de quelques questions en matière de contributions directes et de droits d'enregistrement », in P. Lecocq et al. (dir.), *Zakenrecht/Droit des biens*, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 370 et s. Voy *infra*, nos 968 et s., pour de plus amples développements.

³⁷ Voy. E. SANZOT, *Les droits réels démembrés - Aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 168 et s.

³⁸ J.P. Wavre, 22 juin 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 138.

³⁹ Liège, 29 septembre 1999, *F.J.F.*, 1999, 2000, p. 337. Ici aussi, c'est la figure du bail commercial qui a été retenue.

⁴⁰ I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 393.

⁴¹ Voy. N. BERNARD, « À la base du développement raisonné de Louvain-la-Neuve : le droit d'emphytéose », in J. Remy et P. Laconte (dir.), *Louvain-la-Neuve à la croisée des chemins*, Louvain-la-Neuve, Académia-L'Harmattan, 2020, pp. 209 et s.

⁴² Cette redevance à acquitter à intervalles réguliers faisait en office d'autres termes de piqûre de rappel pour l'emphytéote, aux fins d'éviter que ce dernier en vienne sur le long terme, à « oublier » le droit de propriété du bailleur emphytéotique. Voy. P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2 : Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 474 et s.

⁴³ Art. 3.30, § 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁴⁴ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 310.

a, qu'il reste alors à un niveau suffisamment modeste pour distinguer l'opération d'une vente⁴⁵ (et écarter, partant, le risque de requalification)⁴⁶.

6. Si une composante sort de la définition (la redevance), une autre y fait son entrée. Est élevée ainsi au rang d'élément constitutif du droit d'emphytéose l'interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble («L'emphytéote ne peut rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble sous réserve de l'usure normale, de la vétusté ou d'un cas de force majeure»⁴⁷). Cet élément fait désormais partie de «l'essence» de l'emphytéose⁴⁸. Consubstantielle de la prérogative, cette prohibition l'est d'autant plus⁴⁹ que son enchâssement dans la définition de l'emphytéose lui confère, par exception, une nature impérative⁵⁰. Voilà en tous cas qui confirme que l'emphytéote n'est point doté de l'*abusus*⁵¹. Signalons cependant⁵² que l'interdit ne paraît pas devoir s'appliquer aux ouvrages et plantations acquis ou réalisés par l'emphytéote, dès lors qu'ils sont *sa propriété*⁵³ (et non pas simplement l'objet de son droit d'emphytéose⁵⁴).

Cette prohibition risque cependant de contrecarrer un usage répandu dans le secteur de l'immobilier : l'emphytéose concédée aux fins expresses de détruire un immeuble existant et d'en élever un autre à la place. Dans la mesure toutefois où cette entreprise de démolition–reconstruction peut être vue comme n'altérant pas la valeur du fond⁵⁵, l'opération semble devoir être admise⁵⁶.

En tout état de cause, la longue durée de l'emphytéose commande de se placer à *la fin du droit* pour jauger de la diminution de valeur (plutôt qu'au moment où sont réalisés les travaux litigieux) ; c'est que le bien peut, dans l'intervalle (étendu), s'apprécier – et de façon significative⁵⁷.

⁴⁵ Ou encore d'un bail (commercial).

⁴⁶ B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 332.

⁴⁷ Art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁸ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 312.

⁴⁹ Au-delà du fait qu'elle est répétée à plusieurs reprises dans le texte (art. 3.172, al. 1^{er}, et 3.173, al. 2, du nouveau Code civil).

⁵⁰ En vertu de l'art. 3.1 du nouveau Code civil.

⁵¹ Voy. *supra* n° 3.

⁵² Avec B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 359.

⁵³ De manière certes temporaire, et par application de la théorie de la superficie-conséquence; voy. l'art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

⁵⁴ Sur lequel il a (uniquement) droit d'usage et de jouissance (art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

⁵⁵ C'est l'inverse, même, qui pourrait être soutenu.

⁵⁶ Voy. B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 354 et 355.

⁵⁷ B. Pirlet évoque à cet égard la transformation d'un immeuble de bureau en complexe résidentiel, dont la rentabilité doit se calculer sur le long terme (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 328).

7. Par contre, l'emphytéote « peut, sauf clause contraire, modifier la destination de l'immeuble », précise le nouveau Code civil⁵⁸; voici peut-être ce que recouvre l'adjectif « plein » qui flanque l'usage comme la jouissance reconnus à l'emphytéote⁵⁹. L'indication « sauf clause contraire » réintroduit cependant quelque liberté contractuelle, en ce sens que les parties peuvent décider d'exclure dans leur convention cette possibilité⁶⁰. Mais cette liberté paraît se limiter à cet aspect précis (écarter toute modification de la destination du bien), car le tour impératif donné à l'article 3.167 du nouveau Code civil⁶¹ interdit de porter atteinte au caractère plein de l'usage et de la jouissance reconnus à l'emphytéote, ce qui pourrait poser des problèmes de la pratique (où de telles restrictions sont courantes)⁶².

Il reste néanmoins à concilier cette possibilité de modifier la destination du bien avec l'interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble, entre lesquelles une contradiction pointe. « Cette contradiction n'est qu'illusoire », explique toutefois un auteur : « la modification de la destination de l'immeuble, encadrée par la convention, n'implique pas forcément une perte de sa valeur et peut, au contraire, avoir pour effet de l'augmenter (pensons à un terrain agricole que l'emphytéote est chargé de bâtir pour y dresser des bureaux) »⁶³.

En tous cas, cette prérogative (la modification de la destination du bien) démarque radicalement l'emphytéose de l'usufruit – dont le titulaire n'a pas le *plein* usage ni la *pleine* jouissance spécifiquement du bien⁶⁴. Il est requis en effet de l'usufruitier qu'il « respecte la destination » du bien d'autrui⁶⁵ et qu'il agisse « conformément à la destination de ce bien »⁶⁶. Cet élément est à ce point fondamental qu'il a intégré la définition de l'usufruit⁶⁷, dont il emprunte dès lors la nature impérative⁶⁸.

⁵⁸ Art. 3. 167, al. 2, *in fine*, du nouveau Code civil.

⁵⁹ « Le droit d'emphytéose est un droit réel d'usage conférant un *plein usage* et une *pleine jouissance* d'un immeuble par nature ou par incorporation appartenant à autrui » (art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil, souligné par nous).

⁶⁰ Il est permis alors de se demander (avec V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître) si sa place au sein d'un article impératif se justifie.

⁶¹ S'agissant d'une définition (art. 3.1 du nouveau Code civil).

⁶² Qu'on songe à « l'interdiction de transformer le bâtiment ou encore celle de modifier l'activité exercée dans les lieux » (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 329). Pour cet auteur, toutefois, l'adjectif en question (« plein ») « ne doit pas être lu au sens strict » (p. 330).

⁶³ V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

⁶⁴ Voy. l'art. 3.138, al. 1, du nouveau Code civil : « L'usufruit confère à son titulaire le droit temporaire à l'usage et à la jouissance, de manière prudente et raisonnable, d'un bien appartenant au nu-propriétaire [...] »

⁶⁵ Art. 3.143, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁶ Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁷ Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁸ Art. 3.1 du nouveau Code civil.

Sous-section 2

Qualité du constituant

8. Qui est autorisé à conclure une emphytéose ? « Le droit d'emphytéose peut être constitué par le propriétaire ou par un titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit », répond le nouveau Code civil⁶⁹. On identifie donc désormais, par rapport au texte antérieur, les personnes aptes à constituer un droit d'emphytéose, ce qui représente déjà une avancée. Outre le propriétaire (de l'immeuble par nature ou par incorporation), on trouve donc là le « titulaire d'un droit réel d'usage » (l'usufruitier par exemple ou l'emphytéote lui-même⁷⁰), ce qui constitue une notable extension⁷¹. Notons cependant, dans l'hypothèse où le constituant est un emphytéote, que l'emphytéose de second degré aura pour objet un bien immeuble (corporel)⁷², et non le droit d'emphytéose primitif (incorporel *in se* – et donc exclu du champ de l'emphytéose)⁷³, ce qui n'est pas la même chose⁷⁴.

Au passage, répétons que le constituant et l'emphytéote doivent être des personnes *différentes*⁷⁵. Ce qui semble relever du truisme ne l'est pas tant que ça, tant peut être forte la tentation pour des acteurs immobiliers de (tenter de) contourner le droit d'enregistrement de 12,5 % associé à la vente en pleine propriété en simulant une emphytéose, le titulaire du droit étant en réalité en cheville avec le maître du sol ; ce type de montage tient de l'« abus fiscal », avertit le S.P.F. Finances⁷⁶.

⁶⁹ Art. 3.168 du nouveau Code civil.

⁷⁰ Cette hypothèse doit cependant être distinguée de l'emphytéose constituée par l'emphytéote sur son droit d'emphytéose lui-même

⁷¹ D'application également pour le droit de superficie (art. 3.178 du nouveau Code civil).

⁷² Dont l'emphytéote est devenu propriétaire par superficie-conséquence, par exemple (voy. *infra* n° 25).

⁷³ Puisqu'une emphytéose ne peut avoir pour objet désormais qu'un immeuble par nature ou par incorporation (art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

⁷⁴ Pour trois raisons au moins (détaillées par B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020pp. 338 et s.). D'abord, l'emphytéote de second degré ne jouit nullement, vis-à-vis du propriétaire, des actions dont bénéficie l'emphytéote principal (lequel demeure son interlocuteur). Ensuite, il ne dispose point de l'éventuelle indemnité versée par le *verus dominus* pour les constructions érigées en cours de droit (par l'emphytéote principal). Enfin, la nouvelle disposition protectrice en cas de dissolution du droit principal (suivant laquelle « [l]a renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance ne portent pas atteinte aux droits des tiers qui sont acquis, de bonne foi, sur le droit réel anéanti » : art. 3.17, al. 1^{er}, du nouveau Code civil) ne saurait profiter au sous-emphytéote dès lors que son droit ne porte pas sur un droit réel mais sur un immeuble corporel ; ce cas de figure vise l'hypothèque plutôt.

⁷⁵ Dès lors que le droit d'emphytéose porte obligatoirement sur un immeuble « appartenant à autrui » (art. 3.167, al. 1^{er}, *in fine*, du nouveau Code civil). Voy., pour une illustration *a contrario*, Cass., 12 avril 2010, *Pas.*, 2010, p. 2012.

⁷⁶ « L'acquisition d'un droit d'emphytéose sur un bien immeuble par une société, suivie quasi immédiatement par l'acquisition du bien immeuble grevé de l'emphytéose, par une société liée au sens des articles 11 et 12 C. Soc., dans laquelle l'indemnité pour le droit d'emphytéose approche la valeur de la pleine propriété du bien immeuble, aussi nommée construction emphytéotique, répond à la défini-

9. Le superficiaire et l'emphytéote lui-même étaient déjà admis dans le cercle des constituants (parce que propriétaires – temporaires – des constructions érigées par eux), de même que l'usufruitier bénéficiant d'une superficie-conséquence⁷⁷. Bâti ou non, le sol n'était donc déjà plus l'unique objet du droit d'emphytéose; ce dernier pouvait parfaitement porter sur un bâtiment par exemple, séparément de la parcelle sur laquelle il repose. La chose excipait d'une certaine logique, car on admettait que l'emphytéose porte aussi sur un sur-sol ou un sous-sol, ce qui a été confirmé d'ailleurs par le législateur de 2020⁷⁸.

Celui-ci va un cran plus loin cependant ici, en désignant le « titulaire d'un droit réel d'usage », sans nulle mention supplémentaire ni restriction. Dès lors, le constituant du droit d'emphytéose n'est plus nécessairement le *verus dominus* des biens formant l'objet du droit d'emphytéose; autrement dit, il ne doit pas en être le propriétaire pour conclure une telle convention à leur sujet. « La pratique immobilière fait usage fréquent de cette possibilité », assurent les auteurs du texte⁷⁹, (légitimement) soucieux d'accompagner les évolutions sociales plutôt que de les contrarier – tout en leur donnant cette sécurité juridique que seule peut fournir une consécration législative en bonne et due forme.

10. Dans la ligne toutefois de ce qui a été décidé en 2014 pour le droit de superficie (le premier à s'ouvrir à l'époque à « tout titulaire d'un droit réel immobilier »⁸⁰), une condition assortit cette largesse, puisque c'est expressément – et très logiquement – « dans les limites de son droit » que le titulaire du droit réel d'usage est fondé à exercer son pouvoir nouveau⁸¹. L'usufruitier tenté de constituer une emphytéose sur le bien grevé, par exemple, gardera utilement

tion d'abus fiscal. Il peut être déduit du contexte des faits que ces actes successifs n'ont pour but que d'éviter le droit de vente sur l'ensemble du bien; que l'évitement du droit de vente est le motif unique/déterminant du choix des actes juridiques concernés. Une telle construction porte par conséquent atteinte à l'article 44 C. Enreg. Le redevable doit prouver que le choix pour la constitution d'un droit d'emphytéose et la vente du bien immeuble grevé de l'emphytéose se justifie par d'autres motifs que l'évitement du droit de vente. Lorsque le redevable ne fournit pas cette preuve, le droit de vente doit être perçu sur la valeur de l'ensemble du bien immeuble. Le droit d'enregistrement payé conformément à l'article 83 C. Enreg. sur la constitution du droit d'emphytéose, doit être déduit du droit de vente exigible » (circulaire administrative n° 5/2013 du 10 avril 2013).

⁷⁷ Théorie qui, pour prolonger l'exemple, confère à l'usufruitier ayant reçu par contrat (ou plus largement par droit d'usage – personnel ou réel) le droit de construire sur le bien du nu-propriétaire la propriété de ce qu'il aura érigé, le temps de la convention. Voy. les art. 3.142, al. 2, 3.171 et 3.182 du nouveau Code civil. Voy. *infra* nos 77 et 85.

⁷⁸ Voy. *supra* n° 4.

⁷⁹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 315.

⁸⁰ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014. Voy. sur cette loi P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2: Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 377 et s.

⁸¹ Art. 3.168 du nouveau Code civil.

à l'esprit qu'il doit toujours agir « conformément à la destination [du] bien et avec l'obligation de restituer celui-ci à la fin de son droit »⁸²; or, l'emphytéose offre à son titulaire le pouvoir inverse de « modifier la destination » de l'immeuble objet du droit, prérogative qu'il conviendra dès lors de rogner – sinon de supprimer – par contrat⁸³. Il faudra veiller à ce que ces limites soient soigneusement « circonscrites », avertissent les travaux préparatoires, « afin d'éviter une confusion à terme des différents droits réels d'usage et afin de ne pas aboutir à un éclatement du droit de propriété »⁸⁴.

Sous-section 3

Durée

11. La durée a toujours constitué un élément particulier du droit d'emphytéose, à la fois parce qu'on avait là le seul droit réel à être doté d'une durée minimale (vingt-sept ans⁸⁵), histoire de permettre au titulaire d'amortir ses investissements, et que l'article concerné était l'unique disposition impérative de la loi de 1824⁸⁶. Qu'en est-il dans le nouveau Code civil? « Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit d'emphytéose ne peut être inférieure à quinze ans ni supérieure à nonante-neuf ans »⁸⁷.

12. Le plancher temporel n'a donc pas disparu avec la loi du 4 février 2020, mais a été réduit à quinze ans. Ce, « nonobstant toute clause contraire »⁸⁸, signe de l'importance attachée par le législateur au maintien d'un seuil (nanté par là d'un caractère impératif à nouveau⁸⁹); du reste, tant que court ce délai de quinze ans, le droit ne saurait prendre fin (« du seul fait de la volonté d'une des parties »)⁹⁰. Il reste à concilier ce principe avec l'idée nouvelle qu'un bien du

⁸² Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁸³ Ce qui, malgré que ce pouvoir de modification figure dans la définition même de l'emphytéose (coiffée *in se* d'une nature impérative en raison de l'art. 3.1 du nouveau Code civil), paraît autorisé, vu la formule « sauf clause contraire » mobilisée par l'art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

⁸⁴ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 315.

⁸⁵ « L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans » (art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose).

⁸⁶ Art. 17 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

⁸⁷ Art. 3.169, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁸⁸ Art. 3.169, al. 1^{er}, première phrase, *in limine*, du nouveau Code civil.

⁸⁹ Mais pas d'ordre public pour autant, d'après les premiers commentateurs (notamment B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », *in* P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 345 et V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », *in* N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître). En tout état de cause, la faculté donnée aux parties de résilier *de commun accord* (voy. *infra* n° 38) l'emphytéose avant l'expiration de la quinzième année semble très faiblement compatible avec un tel caractère d'ordre public.

⁹⁰ Art. 3.174, al. 2, du nouveau Code civil. « Il y a souvent un calcul économique (de rentabilité) en cas d'emphytéose, aucune partie ne peut unilatéralement rompre cet équilibre », expliquent les travaux préparatoires. « Cela favorise aussi, le cas échéant, le crédit immobilier » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 324). Voy. *infra* n° 38.

domaine public est susceptible d'être pris en emphytéose⁹¹, avec la précarité et la révocabilité *ad nutum* (fût-ce avant l'expiration de la quinzième année) que cette notion de domanialité publique suppose⁹².

Pourquoi ce raccourcissement à quinze ans? La durée de vingt-sept années a paru «trop longue pour certains montages immobiliers» (par exemple le leasing immobilier)⁹³. Dans le présent contexte, une telle opération signifie que le constituant du droit d'emphytéose charge son cocontractant d'ériger un bâtiment par exemple, qu'il prend ensuite en location avec, au bout de quinze ans, la possibilité de l'acheter (ce qui lui permet d'étaler dans le temps le financement de la construction, en quelque sorte)⁹⁴; raison pour laquelle, du reste, ce type de montage est qualifié officiellement de «location-financement d'immeubles»⁹⁵. Précisément, ce délai de quinze ans correspond à celui à l'expiration duquel, dans la définition fiscale du leasing immobilier⁹⁶, «le montant total des loyers périodiques à payer par le preneur [ici, le constituant du droit d'emphytéose] doit permettre au donneur [l'emphytéote constructeur] de reconstituer intégralement le capital investi»⁹⁷. Au demeurant, l'institution de l'emphytéose paraît particulièrement adaptée au leasing dans la mesure justement où ce dernier type de contrat doit impérativement⁹⁸ être «non résiliable»⁹⁹; faut-il rappeler à cet égard qu'au sein du nouveau Code civil, l'emphytéose «ne peut s'éteindre avant le délai minimal de quinze ans» (du seul fait de la volonté d'une des parties)¹⁰⁰? On ajoutera que ce laps de temps de quinze ans coïncide opportunément aussi avec la durée de révision du taux

⁹¹ «[...] dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle» (art. 3.45, al. 2, *in fine*, du nouveau Code civil).

⁹² Voy. sur la question B. PIRLET, «Titre 7. Droit d'emphytéose», in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 341.

⁹³ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 316.

⁹⁴ Voy. sur ce type de montage P. LECOQ, «Superficie et emphytéose: actualités législatives et jurisprudentielles», in P. Lecocq (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 153 et s.

⁹⁵ Voy. notamment l'art. 44, § 3, 2°, b), du Code de la TVA.

⁹⁶ Définition qui fixe les conditions moyennant lesquelles l'opération, malgré que la location d'immeubles en général ne soit normalement pas soumise à la TVA, peut néanmoins se la voir appliquer (ce qui ouvre alors à l'assujetti le droit à la déduction de la taxe). Voy. l'art. 44, § 3, 2°, b), du Code de la TVA et la loi du 14 octobre 2018 modifiant le Code de la taxe sur la valeur ajoutée en ce qui concerne la taxation optionnelle en matière de location de biens immeubles par nature et modifiant l'arrêté royal n° 20, du 20 juillet 1970, fixant les taux de la taxe sur la valeur ajoutée et déterminant la répartition des biens et des services selon ces taux en ce qui concerne le taux de TVA réduit en matière de location taxée de biens immeubles par nature, *M.B.*, 25 octobre 2018.

⁹⁷ Art. 1^{er}, 4°, de l'arrêté royal n° 30 du 29 décembre 1992 relatif à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée à la location-financement d'immeubles, *M.B.*, 31 décembre 1992. Voy. pour de plus amples développements, A. VANDENDRIES, «Le droit d'emphytéose», in N. Bernard (dir.), *Le droit des biens à l'aube de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021 (à paraître).

⁹⁸ Pour emporter soumission à la TVA.

⁹⁹ Art. 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal n° 30 du 29 décembre 1992 relatif à l'application de la taxe sur la valeur ajoutée à la location-financement d'immeubles, *M.B.*, 31 décembre 1992.

¹⁰⁰ Art. 3.174, al. 2, du nouveau Code civil.

de TVA pour les « biens d'investissement immobiliers »¹⁰¹ ; par là, on vise la période durant laquelle l'administration peut corriger la TVA déjà déduite en amont, parce que l'intéressé aurait perdu entre-temps son statut d'assujetti (ou que le bien change d'affectation), entre autres. Ceci étant, tout leasing immobilier doit déjà, pour se voir appliquer la TVA, être d'une durée de quinze ans. Incidemment, cet aménagement matérialise la double et louable volonté du législateur d'intensifier (en le simplifiant) le recours au droit d'emphytéose pour la promotion immobilière et de désenclaver cette prérogative du domaine agricole. « De nombreux acteurs économiques qui n'étaient pas prêts à s'engager sur une durée presque trentenaire vont ainsi pouvoir considérer à nouveau cette structure », se prend-on même à espérer¹⁰². Il n'en reste pas moins que la contraction très significative de la durée minimale de l'emphytéose, conjugué à l'octroi d'une possibilité de résiliation conventionnelle avant terme (seule la résiliation *unilatérale* étant interdite dans les quinze premières années), aiguise le danger d'une requalification du contrat en bail – par les services du fisc par exemple.

13. La durée maximale (nonante-neuf ans) de l'emphytéose, elle, n'a pas changé¹⁰³. Confirmée, elle l'est d'autant plus qu'elle a aspiré en quelque sorte celle du droit de superficie, qui s'est alignée sur elle¹⁰⁴ (aux fins notamment de compenser un certain désavantage concurrentiel)¹⁰⁵.

Au passage, le maintien de ce plafond, jumelé aux dispositions transitoires de la loi du 4 février 2020 (suivant lesquelles celle-ci ne s'applique *pas* aux effets futurs des actes et faits juridiques survenus *avant* son entrée en vigueur¹⁰⁶), emporte une conséquence très pratique : les emphytéoses conclues la veille par exemple de l'entrée en vigueur de la réforme (fixée au 1^{er} septembre 2021¹⁰⁷) resteront gouvernées par la loi de 1824 jusqu'en... 2120 (pour celles qui ont été conclues pour nonante-neuf ans par exemple) ! En clair, la durée extensive du droit d'emphytéose va faire se prolonger dans le temps la coexistence des deux régimes (l'ancien et le nouveau).

Signalons cependant que c'est « sauf accord contraire entre les parties »¹⁰⁸ que cette disposition transitoire s'applique ; partant, les acteurs de l'immobilier par

¹⁰¹ Article 48, § 2, al. 2, du Code de la TVA. Voy. également les art. 6 et 9 de l'arrêté royal n° 3 du 19 décembre 1969 relatif aux déductions pour l'application de la Taxe sur la Valeur Ajoutée, *M.B.*, 12 décembre 1969. Voy. enfin C.J.U.E., 30 mars 2006, Arrêt *Uudenkaupungin kaupunki*, C-184/04, point 25. Sur le thème, on consultera aussi A. VANDENDRIES, « Le droit d'emphytéose », in N. Bernard (dir.), *Le droit des biens à l'aube de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021 (à paraître).

¹⁰² B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 323.

¹⁰³ Comp. l'art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose avec l'art. 3.169, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁰⁴ Art. 3.180, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁰⁵ Voy. *infra* n° 68.

¹⁰⁶ Art. 37, § 1^{er}, al. 2, 1^o, de la loi du 4 février 2020.

¹⁰⁷ Art. 39 de la loi du 4 février 2020.

¹⁰⁸ Art. 37, § 1^{er}, al. 2, *in limine*, de la loi du 4 février 2020.

exemple pourront, s'ils le désirent, intégrer dès le 1^{er} septembre 2021 dans leurs montages les innovations portées par la loi du 4 février 2020 (fussent-elles en contradiction avec des dispositions impératives de la législation hollandaise¹⁰⁹). L'incise paraît heureuse tant la réforme a été pensée en vue de faciliter la vie de la pratique et d'amplifier l'utilisation faite de l'emphytéose pour des opérations de ce type.

14. Il y a plus : toute idée de limitation dans le temps s'efface lorsque l'emphytéose est constituée « à des fins de domanialité publique » ; le droit est dit alors « perpétuel » (et le reste tant que se prolonge cette affectation à l'intérêt général)¹¹⁰. Précisément, le nouveau Code civil a détendu quelque peu l'indisponibilité enserrant la domanialité publique puisque désormais, « il peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle »¹¹¹ ; le présent cas de figure est autre toutefois, désignant plutôt le « droit d'emphytéose octroyé aux fins d'ériger des constructions relevant du domaine public » (d'après les travaux préparatoires¹¹²). Autrement dit, le constituant n'est pas ici la puissance publique mais un *propriétaire privé*¹¹³, qui concède une emphytéose à des fins de domanialité publique¹¹⁴. Les deux situations ne sont pas à confondre dès lors¹¹⁵.

Du point de vue fiscal, néanmoins, il reste à s'interroger sur la base d'imposition du droit d'enregistrement (éventuellement dû¹¹⁶) relatif à une emphy-

¹⁰⁹ On songe ici à la nouvelle durée minimale de quinze ans par exemple (contre vingt-sept années auparavant). Semble également devoir être admise la faculté de résiliation (d'une emphytéose conclue avant le 1^{er} septembre 2021) exerçable à partir de la fin de la quinzième année, pourvu qu'on l'actionne après l'entrée en vigueur de la loi (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 352).

¹¹⁰ Art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil.

¹¹¹ Art. 3.45, al. 2, du nouveau Code civil.

¹¹² Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2019, n° 55-0173/001, p. 317, souligné par nous.

¹¹³ Ou alors, variante, le bien relève du domaine privé de l'État.

¹¹⁴ « C'est donc le *projet* emphytéotique (l'aménagement d'une place, d'un parc, d'une gare) qui doit revêtir une forme de domanialité publique » (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître, souligné par nous)

¹¹⁵ L'art. 3.45, al. 2, du nouveau Code civil règle le sort de l'emphytéose constituée par l'État sur un bien de son domaine public ; celle-ci ne doit pas nécessairement être constituée elle-même à des fins de domanialité publique (il suffit que le droit ainsi créé ne contredise pas la destination publique du bien) mais, si elle l'est, jouit alors d'une durée perpétuelle (par application de l'art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil). Par contraste, ledit art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil permet à tout particulier de concéder une emphytéose sur son bien (privé) à lui, mais obligatoirement ici à des fins de domanialité publique (et d'une durée perpétuelle, fatalement) ; il ne sert à rien de vérifier si la destination publique du bien est respectée puisque, en amont, celui n'émerge *pas* au domaine public. Voy. V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

¹¹⁶ Le conditionnel est de mise, en effet, car l'emphytéose perpétuelle porte par définition sur un bien du domaine public... et l'art. 161, 2°, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne) tend à rendre gratuit l'enregistrement relatif à des

téose perpétuelle, dès lors que le nombre total de redevances¹¹⁷ n'est pas connu à l'avance¹¹⁸. Enfin, il n'aura pas échappé que, par exception¹¹⁹, le « propriétaire de l'immeuble » est seul habilité à proposer ce type d'emphytéose¹²⁰, pas le titulaire du droit réel d'usage.

Particulière, cette emphytéose perpétuelle peut connaître une fin elle-même particulière : lorsqu'elle « a perdu toute utilité, même future ou potentielle »¹²¹. On y reviendra¹²². Indépendamment de cette dernière issue (qui ne peut de toute façon pas advenir avant la centième année¹²³), l'emphytéose dont l'affectation à la domanialité publique viendrait à disparaître¹²⁴ devient non pas nulle mais réduite au délai de nonante-neuf ans (« à compter, en principe, de la désaffectation » – pas, en amont, de la date de constitution)¹²⁵.

15. À propos de durée toujours, le nouveau Code civil consacre *expressis verbis* la possibilité de prorogation du droit d'emphytéose, pourvu que les durées

opérations liées à la domanialité publique précisément. Par ailleurs, la décision n° E.E./72.941 prononcée par le S.P.F. Finances le 17 mars 1958 précise que « l'acte par lequel une province ou une commune prend à bail un immeuble devant être affecté à une destination d'utilité publique, jouit de la gratuité de l'enregistrement à la seule condition qu'il mentionne expressément le caractère d'utilité publique de la location, étant donné que cet acte n'est pas sujet à l'autorisation ou l'approbation de l'autorité supérieure » (attendu que, selon la décision n° E.E./91.822 du 29 mai 1989, « conformément à l'article 83, un contrat constitutif de droit d'emphytéose est assimilé à un bail. Par conséquent, la décision précitée est également applicable à un contrat d'emphytéose »). Enfin, le Service des décisions anticipées a tout récemment considéré dans sa décision n° 2020.1889 du 27 octobre 2020 que : « 61. Tout comme le contrat constitutif de droit d'emphytéose, le contrat constitutif du droit de superficie est assimilé à un contrat de bail en droit d'enregistrement. 62. La notion de « cession d'immeubles » comprend donc également les constitutions d'emphytéose et de superficie, comme en l'espèce ». Voy. sur le sujet A. VANDENDRIES, « Le droit d'emphytéose », in N. Bernard (dir.), *Le droit des biens à l'aube de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021 (à paraître).

¹¹⁷ En effet, le droit d'enregistrement se calcule traditionnellement sur la valeur totale des redevances et charges imposées à l'emphytéote (lire de manière combinée l'art. 83, al. 3, et l'art. 84, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne).

¹¹⁸ Cette hypothèse de perpétuité ne paraît *prima facie* pas être visée par l'art. 84, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne (lequel évoque, lui, un bail « à vie ou à durée illimitée »). Les concepteurs du nouveau livre 3 enchérissent : « Est utilisée la notion de perpétuité relative à la durée de certains droits réels, étant dans un Livre consacré aux Biens, et non les termes « à durée indéterminée » qui se réfèrent davantage à la durée des contrats » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2019, n° 55-0173/001, p. 317).

¹¹⁹ À la règle posée par l'art. 3.168 du nouveau Code civil. Voy. *supra* n° 8.

¹²⁰ Art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil.

¹²¹ Art. 3.175 du nouveau Code civil.

¹²² N^{os} 40 et s.

¹²³ « En cas de droit d'emphytéose perpétuel tel que visé à l'article 3.169, alinéa 2, si le droit d'emphytéose existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle » (art. 3.175 du nouveau Code civil, souligné par nous).

¹²⁴ Même avant la fin de la 99^e année.

¹²⁵ Voy. *mutatis mutandis* (en matière de superficie) proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 340.

additionnées n'excèdent pas nonante-neuf ans¹²⁶. Et de l'absence ici de toute mention d'accord exprès des parties (requis ailleurs¹²⁷), il est permis d'inférer que la prorogation peut se faire de façon implicite¹²⁸ (pourvu toujours que l'on reste sous la barre des nonante-neuf années cumulées).

16. *Quid* du renouvellement (qui, à l'inverse de la prorogation – dont le seul effet est d'étirer la durée du contrat existant¹²⁹ –, constitue une *nouvelle* convention)? Il est, lui aussi, explicitement autorisé désormais (sans qu'une quelconque restriction de temps cumulé apparaisse ici), mais de l'accord exprès des parties¹³⁰ (ce dont on peut déduire que tout renouvellement tacite reste exclu¹³¹). Et faute d'un tel accord? L'emphytéose qui va au-delà du terme échu sera considérée comme une «simple tolérance, sujette à révocation à tout moment», préviennent les travaux préparatoires¹³² (en phase avec la jurisprudence¹³³).

Est-on fondé à inférer de cette absence de restriction dans le temps que la faculté de renouvellement vaut *ad libitum*¹³⁴? Oui, si toutefois le principe du renouvellement ne figure pas déjà dans l'acte constitutif de départ (auquel cas tout franchissement de la barrière des nonante-neuf ans est prohibé). C'est ce que l'on peut comprendre, *a contrario*, des travaux préparatoires: «Si les parties sont liées *dès la conclusion du premier contrat*, la majorité de la doctrine estime qu'il ne peut y avoir renouvellement que pour autant que le délai total maximal de nonante-neuf ans soit respecté»¹³⁵. Le carcan des nonante-neuf ans cumulés ne s'appliquerait donc qu'en présence d'un renouvellement décidé *ab initio*.

Ceci étant, les auteurs du texte précisent en termes exprès à propos du droit de *superficie* que tout renouvellement ne peut se faire que «pour une durée maxi-

¹²⁶ «Le droit d'emphytéose peut être prorogé sans que sa durée totale puisse excéder nonante-neuf ans» (art. 3.169, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil).

¹²⁷ Pour le renouvellement (art. 3.169, al. 1^{er}, troisième phrase, du nouveau Code civil).

¹²⁸ Si l'emphytéote poursuit la jouissance du bien au-delà du terme, sans protestation de son cocontractant, par exemple.

¹²⁹ Avec pour effet que «toute opération qui accorderait à l'emphytéote la propriété des constructions qu'il a réalisées après ces nonante-neuf ans ne pourrait s'analyser que comme une opération translatrice de propriété (et non comme une prolongation), avec les conséquences fiscales qui en découlent le cas échéant (B. PIRLET, «Titre 7. Droit d'emphytéose», in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 345 et 346)

¹³⁰ «Il peut être renouvelé de l'accord exprès des parties» (art. 3.169, al. 1^{er}, troisième phrase, du nouveau Code civil).

¹³¹ Voy. Gand, 4 février 2010, *R.W.*, 2012-2013, p. 899, note J. de Weggheleire, ainsi que Civ. Ypres, 8 novembre 1996, *Rev. dr. rur.*, 1997, p. 331.

¹³² Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 316.

¹³³ Entre autres, Bruxelles, 24 septembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 327. Sur cette décision, voy. P. LECOQ, «Superficie et emphytéose: actualités législatives et jurisprudentielles», in P. Lecocq (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 190 et s.

¹³⁴ C'est-à-dire, un nombre illimité de fois, à discrétion.

¹³⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 316, souligné par nous.

male, en toutes hypothèses, de nonante-neuf ans»¹³⁶. Le flou, au final, demeure malheureusement. Il est vrai cependant que la perspective de voir l'accession retrouver momentanément son empire entre deux contrats (conséquences fiscales et civiles à la clef¹³⁷) risque de régler la question, en dissuadant les parties de multiplier les renouvellements.

17. Par ailleurs, il n'aurait pas été inutile pour le législateur à notre estime de profiter de l'occasion pour régler le sort de la clause dite novatoire, laquelle permet aux ayants cause (à titre particulier comme universel) de voir l'emphytéose initiale s'éteindre pour être remplacée par une nouvelle – flanquée d'un délai de nonante-neuf ans qui repart de zéro¹³⁸. La fortune de ce dispositif est aussi spectaculaire (le *Community land trust* de Bruxelles en fait un ample usage par exemple¹³⁹ et tous les contrats d'emphytéose passés par l'Université catholique de Louvain à Louvain-la-Neuve comportent cette disposition au profit des acheteurs comme des héritiers¹⁴⁰) que sa légalité est sujette à discussion (car on permet ainsi – et dès l'abord – la prolongation indéfinie de la scission du droit de propriété, ce qui tendrait à renouer avec les sujétions féodales de très long terme¹⁴¹). «Nous n'imaginons pas le cataclysme (juridique et financier) qu'une décision judiciaire d'invalidation de ce mécanisme provoquerait sur les contrats d'emphytéose existants»¹⁴².

¹³⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 338.

¹³⁷ Voy. proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 317. Sur cette thématique générale, voy. notamment T. LITANNIE et V. PIERARD, « Les démembrements de la propriété immobilière : aspects civils et fiscaux », in *L'Optimisation fiscale et financière du patrimoine immobilier*, 4^e édition, Limal, Anthemis, 2017, ainsi que A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, *L'emphytéose et la superficie. Aspects fiscaux*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016.

¹³⁸ Voy. entre autres C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie : aspects civils*, 2^e éd., tiré à part du Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2016, n° 27 : « Au cas où l'emphytéote voudrait céder son droit, le propriétaire s'engage, si l'emphytéote le lui demande, à mettre fin au présent contrat par anticipation et de commun accord et à accorder au tiers désigné par l'emphytéote ou à ses héritiers, un nouveau droit d'emphytéose sur le même bien et aux mêmes conditions sous réserve de ce qui est dit ci-après. Le propriétaire ne pourra refuser de faire droit à cette demande que s'il justifie de son intention de disposer lui-même du bien pour ses propres besoins. Ce refus entraînera pour lui l'obligation à l'expiration du contrat de payer à l'emphytéote la valeur vénale à dire d'experts des constructions et plantations régulièrement réalisées par ce dernier. En outre, à condition de notifier sa volonté au propriétaire dans les trois mois du refus de celui-ci, l'emphytéote pourra exiger qu'il soit mis fin par anticipation, au contrat et que le propriétaire l'indemnise de la manière prévue au paragraphe ci-dessus ».

¹³⁹ Même si, là, c'est le droit de superficie qui est mobilisé.

¹⁴⁰ Voy. N. BERNARD, « À la base du développement raisonné de Louvain-la-Neuve : le droit d'emphytéose », in J. Remy et P. Laconte (dir.), *Louvain-la-Neuve à la croisée des chemins*, Louvain-la-Neuve, Académia-L'Harmattan, 2020, pp. 209 et s.

¹⁴¹ N. BERNARD (avec la collaboration de V. DEFRAITEUR), *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 329 et 762.

¹⁴² V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

Force est cependant d'admettre, concernant ce dernier point, que les récentes évolutions législatives¹⁴³ (avec notamment l'apparition officielle de la propriété perpétuelle par volumes¹⁴⁴), conjuguées aux appels à envisager le droit de propriété davantage comme un bouquet souple d'utilités¹⁴⁵ que sous l'angle de sa titularité formelle, lèvent certaines appréhensions et, partant, inclinent à mitiger l'axiome du remembrement obligé de ce droit. Ou, plus radicalement, la souplesse contractuelle ménagée aux parties en matière d'emphytéose (et de superficie) pourrait-elle aller jusqu'à prévoir qu'au terme du droit, l'accession n'intervient *pas*? L'évolution serait d'importance, convenons-en.

Sous-section 4

Acquisition par usucapion

§ 1. Principe général

18. Le droit d'emphytéose peut s'acquérir par l'un des modes généraux énumérés dans le droit commun du droit des biens¹⁴⁶ (les « dispositions générales » du titre 1 du livre 3 du nouveau Code civil)¹⁴⁷. On ne s'y attardera pas¹⁴⁸, sinon pour rappeler que, portant sur un immeuble (par définition)¹⁴⁹, le contrat constitutif d'emphytéose doit être transcrit si on entend l'opposer aux tiers¹⁵⁰.

¹⁴³ « À l'appui du caractère d'ordre public *sensu stricto* est souvent invoquée l'absoluité du droit de propriété, appelé à être reconstitué et interdisant les droits réels démembrés qui rappelleraient par trop les honnies charges féodales. À l'heure actuelle, l'affirmation perd de sa pertinence du moins quant à la durée de certains droits réels démembrés que l'on pourrait exceptionnellement envisager comme perpétuels » (P. LECOQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2: Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 450 et 451).

¹⁴⁴ Voy. *infra* nos 51 et s.

¹⁴⁵ Le statut en soi de propriétaire commence à importer moins aujourd'hui que les *usages* que l'on peut tirer d'un bien, fût-ce sous une forme juridique revisitée; c'est le bouquet d'utilités (suivant la formule consacrée) qui intéresse davantage de nos jours que le titre formel. À notre droit dès lors de se montrer créatif pour inventer des nouvelles figures susceptibles de rencontrer ces besoins (certes mouvants). On mobilise souvent la phrase (célèbre) suivant laquelle *le droit de propriété serait un « droit artichaut », puisque « même si on lui retire une série d'attributs, il reste lui-même; sauf si l'on touche au cœur, auquel cas il disparaît »* (L. FAVOREU, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1994, p. 138); *de manière plus positive, à notre sens, on n'enlève pas stricto sensu des feuilles à cet artichaut-là, mais on les réagece*. Voy. sur le thème N. BERNARD, « Les limites de la propriété par les droits de l'homme », in B. Weiniger et al. (dir.), *La propriété et ses limites*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 55 et s.

¹⁴⁶ « Les droits réels peuvent s'acquérir, de manière dérivée, par transmission universelle, à titre universel ou à titre particulier, entre vifs ou pour cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux, ainsi que par les modes originaires d'acquisition prévus dans le présent Livre » (art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

¹⁴⁷ Tel est, du reste, le sens de ce droit commun: former un socle transversal de règles s'appliquant (sauf dérogation) à l'ensemble des droits réels, sans qu'il soit besoin de les répéter pour chacun d'entre eux.

¹⁴⁸ Sur ce sujet, voy. P. LECOQ et R. POPA, « Dispositions générales », in P. Lecoq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 33 et s.

¹⁴⁹ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁵⁰ Art. 3.30, § 1^{er}, 1^o, du nouveau Code civil (et, précédemment, art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi hypothécaire et art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose).

Au sein du titre (7) dédié à l'emphytéose, le nouveau Code civil ajoute toutefois un mode « spécifique » d'acquisition¹⁵¹ : la prescription acquisitive¹⁵².

19. À l'instar donc des autres droits réels, le droit d'emphytéose peut être acquis par prescription¹⁵³. S'agissant obligatoirement d'un immeuble, le délai d'usucapion s'élèvera à dix ans (en cas de bonne foi)¹⁵⁴. Et, par exception (malgré donc qu'elle porte sur un bien immobilier), l'emphytéose obtenue par usucapion ne se transcrit pas¹⁵⁵ – sauf, naturellement, si l'on a affaire à l'*acte qui constate* cette prescription acquisitive¹⁵⁶ (comme la « décision de justice »¹⁵⁷).

20. *Quid* de l'usucapion trentenaire de mauvaise foi? Cette hypothèse est douteuse. Puisqu'il est de mauvaise foi, le possesseur sera tenté en effet de se comporter comme le *verus dominus*. Et, au terme des trente ans, il pourra revendiquer non seulement l'emphytéose mais, plus fondamentalement, le droit de propriété. Pourquoi, alors, se contenter d'un simple droit réel *d'usage*¹⁵⁸?

Et, de manière plus générale, l'hypothèse même d'une acquisition par usucapion d'un droit d'emphytéose spécifiquement (fût-ce de bonne foi) demeure peu envisageable. C'est que les prérogatives du propriétaire et de l'emphytéote sont à ce point proches (ce dernier n'est-il pas le *verus dominus* des constructions par lui érigées par exemple¹⁵⁹?) que le comportement de l'emphytéote pourrait être tout aussi bien interprété comme une usucapion à *titre de propriétaire*, ce qui lui ferait acquérir alors le droit de propriété – plutôt que d'emphytéose. Et la disparition de la redevance obligatoire¹⁶⁰ risque d'accentuer encore le mimétisme¹⁶¹.

§ 2. La durée du droit d'emphytéose acquis par usucapion

21. La mention ici de la prescription acquisitive comme mode spécifique d'acquisition de l'emphytéose peut surprendre : ne fait-elle pas partie en effet

¹⁵¹ Voy. l'intitulé du sous-titre 2 dudit titre 7.

¹⁵² Art. 3.170 du nouveau Code civil.

¹⁵³ Voy. l'évocation des « modes originaires d'acquisition » par l'art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁵⁴ Art. 3.27, al.1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

¹⁵⁵ Pas davantage que les autres droits réels ayant fait l'objet d'une usucapion.

¹⁵⁶ Par l'application combinée des art. 3.30, § 1^{er}, 3^o, et 3.26, al. 2, du nouveau Code civil.

¹⁵⁷ Art. 3.26, al. 2, du nouveau Code civil.

¹⁵⁸ Voy. M. HANOÏAU, *Droits réels*, syllabus, Presses universitaires de Bruxelles, 1979-1980, pp. 172 et 173.

¹⁵⁹ Art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

¹⁶⁰ Voy. *supra* n^o 5.

¹⁶¹ V. Defraiteur identifie toutefois deux hypothèses d'usucapion possibles : « celle d'une emphytéose fondée sur un titre qui se voit anéanti, alors que l'emphytéote se maintient sur le fonds (nous avons vu qu'en pareil cas, la durée sera celle du titre) » et « celle d'un contrat d'emphytéose en bonne et due forme dont l'emphytéote déborde sur le fonds voisin, de bonne ou de mauvaise foi. Une emphytéose pourrait donc naître sur ce fonds voisin au terme d'une période de dix ou trente ans et pour la durée prévue dans l'acte originaire » (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître).

des « modes originares d'acquisition » énumérés par le droit commun¹⁶²? Pourquoi cette redondance? À bien y regarder, toutefois, le présent article institue moins un nouveau mode d'acquisition (déjà énoncé plus haut) qu'il n'en règle une modalité essentielle: la durée de l'emphytéose acquise par usucapion, laquelle n'est pas arrêtée par le droit commun.

22. Quelle durée en effet octroyer au droit d'emphytéose acquis par usucapion? Le délai minimal (quinze ans)? Le délai maximal (nonante-neuf ans)? Un délai intermédiaire? Non traitée par la loi de 1824, l'interrogation trouve réponse aujourd'hui: ce droit d'emphytéose « est censé établi pour nonante-neuf ans, à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure »¹⁶³.

La durée maximale: tel est donc le souhait que le législateur prête au nouveau titulaire du droit¹⁶⁴. Il entérine ce faisant l'opinion dominante¹⁶⁵. Encore faut-il cependant qu'un acte juridique (resté en défaut de produire les effets voulus) ne forge pas cette possession¹⁶⁶ car, en présence d'un tel acte, on retiendra plutôt la durée inscrite au sein de celui-ci, fatalement¹⁶⁷; pourquoi en effet donner aux parties *davantage* que ce qu'elles avaient prévu elles-mêmes?

23. Est-ce à dire que le nouveau titulaire du droit peut encore jouir du bien, une fois l'usucapion achevée, pour nonante-neuf *nouvelles* années? Aucunement. « La durée du droit se compte à partir de l'entrée en possession utile », et non pas de l'expiration du délai d'usucapion, énonce le nouveau Code civil¹⁶⁸. Les nonante-neuf années en question prendront donc cours *rétroactivement* (en même temps en fait que le début de l'usucapion). Ici aussi, la continuité est de mise avec la pratique majoritaire. En tout état de cause, le législateur de 2020 avait déjà édicté le principe général (au sein du droit commun) suivant lequel « la prescription acquisitive produit ses effets à compter du jour où la possession

¹⁶² Art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁶³ Art. 3.170, première phrase, du nouveau Code civil.

¹⁶⁴ On ne saurait exclure cependant que le possesseur se comporte comme si l'emphytéose était d'une durée moindre, auquel cas il faudrait préférer cette dernière; l'hypothèse n'a rien d'impossible dans la mesure où le droit d'emphytéose acquis par usucapion est juste « censé » être établi pour nonante-neuf ans (art. 3.170 du nouveau Code civil). Voy. V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

¹⁶⁵ Voy. notamment J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 1249 et 1250.

¹⁶⁶ Le caractère originaire de ce mode d'acquisition qu'est la prescription n'est pas exclusif en effet de la présence d'un tel acte juridique; précisément, l'usucapion a pour mission de suppléer l'acte impuissant à produire le résultat escompté.

¹⁶⁷ « Il ne serait pas envisageable, en effet, que la prescription octroie à l'emphytéote un droit pour une plus longue durée que celle déterminée dans l'acte juridique » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, pp. 317 et 318).

¹⁶⁸ Ou encore, ajoute-t-il, à un moment ultérieur déterminé par l'acte juridique. Voy. l'art. 3.170, seconde phrase, du nouveau Code civil.

utile a commencé»¹⁶⁹. Il est vrai que décider autrement reviendrait à tromper la croyance et les attentes légitimes des tiers¹⁷⁰.

Sous-section 5

Droits et obligations des parties

§ 1. Droits

A. Droit sur le droit

24. Sur ce point comme sur d'autres, le législateur de 2020 place ses pas dans ceux de son prédécesseur¹⁷¹; ainsi, «l'emphytéote peut céder et hypothéquer son droit d'emphytéose»¹⁷². Du reste, une telle éventualité est déjà admise par la loi hypothécaire, pourvu que le bien soit dans la commerce (pendant la durée du droit d'emphytéose)¹⁷³. «Quant à l'assiette de l'hypothèque, on précisera que si elle est constituée après la conclusion de l'emphytéose, l'hypothèque ne s'étendra pas aux constructions érigées par l'emphytéote, du moins tant que le droit d'emphytéose n'a pas expiré»¹⁷⁴. Enfin, il convient de noter que l'hypothèque est susceptible de survivre à l'extinction anticipée de l'emphytéose¹⁷⁵, ce qui est susceptible de renforcer encore l'attractivité pour un tel droit¹⁷⁶.

Qui, du cédant ou du cessionnaire, doit payer les canons à échoir¹⁷⁷? Le premier, à en croire la nouvelle disposition (tirée du droit commun): «Lorsque le titulaire d'un droit réel d'usage cède son droit, il demeure tenu, à l'égard du propriétaire, solidairement avec le cessionnaire, des obligations personnelles dues en contrepartie de la constitution de ce droit et qui deviennent exigibles après la cession»¹⁷⁸. Ce, pour autant naturellement que la redevance puisse, par

¹⁶⁹ Art. 3.26, al. 3, du nouveau Code civil.

¹⁷⁰ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 318.

¹⁷¹ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose. Voy. P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2: Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 490 et s.

¹⁷² Art. 3.171, première phrase, du nouveau Code civil.

¹⁷³ Art. 45, al. 1^{er}, 2^o, de la loi hypothécaire.

¹⁷⁴ V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître qui cite P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose: aspects civils », *Guide juridique de l'entreprise – traité théorique et pratique*, titre III, livre 34, Diegem, Kluwer, 2007, p. 50.

¹⁷⁵ Par application de l'art. 3.17, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁷⁶ B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 323.

¹⁷⁷ Attendus que ceux qui sont déjà dus restent à régler par le cédant (art. 3.6, al. 2, seconde phrase, du nouveau Code civil).

¹⁷⁸ Art. 3.6, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil. Les obligations personnelles désignent généralement celles qui sont les contreparties directes de la naissance du droit (le paiement du prix, par

son montant¹⁷⁹, être regardée comme la contrepartie pécuniaire du droit d'usage et de jouissance accordé à l'emphytéote¹⁸⁰.

25. Non content de pouvoir hypothéquer ou vendre son droit, l'emphytéote est libre d'hypothéquer ou vendre *le bâtiment* qu'il aurait érigé (ou dont il aurait acquis la valeur), pour la raison simple qu'il en est propriétaire¹⁸¹.

Ceci étant, être le *verus dominus* d'une construction élevée sur l'immeuble d'autrui ne constitue pas à proprement parler la vocation du droit d'emphytéose, lequel a plutôt pour objet de conférer usage et jouissance (certes pleins) dudit immeuble¹⁸². Ce pouvoir propriétaire, en fait, n'est que *l'accessoire*¹⁸³ du droit d'emphytéose, dont il procède directement (et auquel il est indéfectiblement lié dès lors). C'est en ce sens, du reste, que le droit de propriété de l'emphytéote doit être vu comme une application de la théorie dite de la superficie-conséquence¹⁸⁴.

26. Une conclusion découle de cette indissociabilité (ou de cette accessoiriété) : vendre ou hypothéquer l'immeuble *séparément*, c'est-à-dire sans le droit d'emphytéose matriciel, n'a pas de sens. L'emphytéote n'est admis à le faire *qu'avec* ce droit. Il faut rappeler en d'autres termes au cessionnaire l'incoercible limitation dans le temps de la propriété à lui transmise. C'est ce qu'exprime le nouveau Code civil : « Il ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire en vertu d'une superficie-conséquence telle que visée à l'art. 3.182 qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit d'emphytéose dont il est titulaire »¹⁸⁵. On est en présence d'une claire exception à la perpétuité du droit de propriété, puisque la propriété de l'immeuble vendu quittera l'acheteur à l'expiration de l'emphytéose (pour revenir au constituant dudit droit), mais elle est acceptée parce qu'il y a là un « droit sous-jacent »¹⁸⁶ – à savoir l'emphytéose.

Normalement, cette disposition est de droit supplétif, autorisant à ce titre les dérogations contractuelles¹⁸⁷. Néanmoins, « vu le libellé de cette disposition et l'importance que son respect implique pour le cessionnaire ou le créancier

exemple), ce qui n'est pas le cas des réparations d'entretien notamment, lesquelles portent sur le bien lui-même.

¹⁷⁹ Autre que purement symbolique.

¹⁸⁰ Voy. *supra* n° 5. Sur la question, voy. B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 334.

¹⁸¹ Voy. l'art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

¹⁸² En vertu de l'art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁸³ Sans que ce dernier terme puisse être confondu avec « l'accessoire » de l'art. 3.9 du nouveau Code civil notion angulaire de la loi du 4 février 2020 que l'on trouve au fondement des immeubles par destination notamment (art. 3.47, al. 4, du même Code).

¹⁸⁴ Voy. *infra* n° 85 et s.

¹⁸⁵ Art. 3.171, seconde phrase, du nouveau Code civil.

¹⁸⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 318.

¹⁸⁷ Art. 3.1 du nouveau Code civil.

hypothécaire, il nous paraît inconcevable de pouvoir [se] défaire [de ces principes]»¹⁸⁸.

Pour le surplus, notons qu'une disposition analogue existe pour l'usufruit¹⁸⁹, droit qui n'emporte pas forcément, lui, superficie-conséquence (tant s'en faut).

B. Droits sur l'immeuble

27. De quel(s) droit(s), dans le nouveau Code civil, dispose l'emphytéote sur le bien grevé? Il a « l'usage et la jouissance, matériels et juridiques, de l'immeuble sur lequel porte son droit, sans porter atteinte aux autres droits existant sur l'immeuble »¹⁹⁰; rappelons que sur cet immeuble-là, l'emphytéote n'a pas la propriété¹⁹¹. Concrètement, l'emphytéote peut conférer à propos du bien grevé des droits personnels (bail par exemple) et même, dans les limites de son droit, réels¹⁹².

Pointons au passage une heureuse continuité lexicale certaine entre la présente disposition et la définition de l'emphytéose¹⁹³, qui évoquent toutes deux l'usage et la jouissance; en regard, la loi de 1824 péchait par asymétrie, qui permettait de l'emphytéote qu'il « exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds »¹⁹⁴ tout en limitant par ailleurs ses prérogatives à la « jouissance » de l'immeuble (fût-elle pleine)¹⁹⁵. Il reste que ladite définition flanque expressément de l'adjectif « plein » cet usage¹⁹⁶ reconnu à l'emphytéote (lequel terme n'apparaît nullement ici), ce qui entache quelque peu le présent exercice d'harmonisation normative¹⁹⁷.

28. Par ailleurs, l'emphytéote « a droit aux fruits »¹⁹⁸. Ce pouvoir ne découle-t-il pas cependant déjà du droit de « jouissance » (*a fortiori* pleine) reconnue à l'intéressé¹⁹⁹? Ce terme (la jouissance) n'est-il pas présenté par ailleurs par le législateur comme l'aptitude à tirer des fruits d'un bien, justement²⁰⁰? Certes,

¹⁸⁸ V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

¹⁸⁹ Art. 3.142, al. 2, du nouveau Code civil.

¹⁹⁰ Art. 3.172, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

¹⁹¹ Voy. *supra* n° 3.

¹⁹² V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

¹⁹³ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

¹⁹⁴ Art. 3, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

¹⁹⁵ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

¹⁹⁶ Et cette jouissance.

¹⁹⁷ Sans qu'il faille voir à notre estime dans cette discordance terminologique une signification de fond particulière.

¹⁹⁸ Art. 3.172, al. 1^{er}, al. 2, *in limine*, du nouveau Code civil.

¹⁹⁹ Art. 3.167, al. 1^{er}, et 3.172, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁰⁰ Voy. la trilogie instaurée par l'art. 3.50, première phrase, du nouveau Code civil (« Le droit de propriété confère directement au propriétaire le droit d'user de ce qui fait l'objet de son droit, d'en avoir la jouis-

une pareille redondance existe aussi à propos de l'usufruit²⁰¹ mais là, au moins, la disposition équivalente concernée²⁰² dote cette thématique de l'acquisition des fruits d'un véritable régime, ce qui n'est pas le cas ici.

29. En sus des fruits, reviennent à l'emphytéote les « produits aménagés en fruits », pourvu que l'exploitation ait débuté *avant* la constitution du droit d'emphytéose²⁰³. L'article de loi appelle trois remarques. D'abord, cette condition afférente à l'antériorité de l'exploitation nous paraît faire double emploi avec la définition même du produit aménagé en fruit²⁰⁴. Ensuite, ce traitement des produits aménagés en fruits dans un article distinct (fût-ce pour les faire rejoindre de toute façon le sort des fruits) peut étonner dans la mesure où, de manière générale, les auteurs du texte ont expressément autorisé à assimiler aux fruits les produits aménagés en fruits²⁰⁵. Enfin, il est permis de se demander pourquoi ce concept de produits aménagés en fruits apparaît ici nommément, et pas dans la disposition conférant à l'usufruitier le droit aux produits qui « résultent d'une exploitation que l'usufruitier continue de la même manière et dans la même mesure que celle entamée par le propriétaire avant l'ouverture de l'usufruit »²⁰⁶ (ce qui désigne la même réalité des fruits aménagés en produits manifestement).

30. Par ailleurs, l'emphytéote a le droit de « réaliser tous ouvrages et plantations, même en modifiant la destination de l'immeuble »²⁰⁷. On a là une différence fondamentale avec l'usufruitier²⁰⁸ (qui lui aussi a l'usage et la jouissance d'un bien appartenant à autrui²⁰⁹, dispose des fruits²¹⁰ et profite des produits aménagés en fruits²¹¹), puisque l'intéressé est tenu de manière impérative²¹² d'agir « conformément à la destination du bien »²¹³ et qu'il n'use du bien grevé que pour autant qu'il « respecte » celle-ci²¹⁴.

sance et d'en disposer »).

²⁰¹ Dont la définition figure à l'art. 3.138, al. 1^{er}, et 3.146 du nouveau Code civil.

²⁰² Art. 3.146 du nouveau Code civil.

²⁰³ Art. 3.172, al. 1^{er}, al. 2, du nouveau Code civil.

²⁰⁴ Art. 3.147, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁰⁵ « Les produits aménagés en fruits suivent traditionnellement le sort des fruits puisqu'ils sont précisément aménagés en fruits » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 72).

²⁰⁶ Art. 3.147, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁰⁷ Art. 3.172, al. 1^{er}, seconde phrase, du nouveau Code civil.

²⁰⁸ Sauf, naturellement, si l'usufruitier a reçu un droit dit de superficie-conséquence; voy. l'art. 3.142, al. 2, du nouveau Code civil.

²⁰⁹ « L'usufruit confère à son titulaire le droit temporaire à l'usage et à la jouissance, de manière prudente et raisonnable, d'un bien appartenant au nu-propriétaire [...] » (art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

²¹⁰ Art. 3.146 du nouveau Code civil.

²¹¹ Art. 3.147 du nouveau Code civil.

²¹² De par la présence de cette condition dans la définition même de l'usufruit (en vertu de l'art. 3.1 du nouveau Code civil).

²¹³ Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²¹⁴ Art. 3.143, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

Seule condition assignée à l'emphytéote : qu'il ne « diminue pas la valeur » de l'immeuble²¹⁵. Cette exigence ne saurait faire l'objet d'une dérogation contractuelle (ou même d'une modulation) dans la mesure où elle figure également dans l'article portant définition du droit d'emphytéose²¹⁶, ce qui la pare automatiquement d'un caractère impératif²¹⁷. Au passage, la possibilité de modifier la destination de l'immeuble apparaît elle aussi dans la définition, ce qui vient grossir la liste des redondances²¹⁸.

31. Et quelles sont les prérogatives de l'emphytéote sur les constructions en question ? Il en est le *verus dominus*, tout simplement, pour la raison répétée que l'emphytéose porte en ses flancs un droit de superficie-conséquence (« Si l'emphytéote acquiert ou réalise des ouvrages ou plantations, librement ou sur obligation, celles-ci sont sa propriété, en application de l'article 3.182 »)²¹⁹.

En tous cas, il est dit clairement aujourd'hui que les constructions élevées en raison d'« obligations » contractuelles entrent elles aussi dans le patrimoine de l'emphytéote²²⁰ ; pas moins en tous cas que celles qui ont été élevées librement. Seule différence entre ces deux cas de figure²²¹ : le droit de propriété de l'emphytéote sur les constructions qui sont ainsi le fruit d'une commande ne confère pas à son titulaire le pouvoir de disposition matériel ; ainsi, l'intéressé « ne peut détruire les ouvrages et plantations qu'il était tenu de réaliser »²²². La solution est d'une logique incontestable mais, sur le plan des principes, peut se discuter (d'aucuns y voyant une étrange « propriété sans *abusus* »²²³).

En tout état de cause, le droit de propriété de l'emphytéote expirera en même temps que prend fin l'emphytéose, pour revenir au constituant.

²¹⁵ Art. 3.172, al. 1^{er}, seconde phrase, *in fine*, du nouveau Code civil.

²¹⁶ Art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

²¹⁷ Sur pied de l'art. 3.1 du nouveau Code civil.

²¹⁸ Si ce n'est que la formule « sauf clause contraire » n'apparaît pas ici (peut-être parce que, de droit supplétif, l'art. 3.172, al. 1^{er}, du nouveau Code civil autorise de toute façon les dérogations contractuelles ?).

²¹⁹ Art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

²²⁰ De manière temporaire, évidemment.

²²¹ Au-delà du fait que la charge de réparation pour l'emphytéote est plus lourde concernant les ouvrages réalisés sur commande (comp. les al. 2 et 3 de l'art. 3.172 du nouveau Code civil). Voy. *infra* nos 34 et 35.

²²² Art. 3.172, al. 3, *in fine*, du nouveau Code civil.

²²³ B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 361 (« La question est certes essentiellement théorique sur le plan civil, mais elle a d'importantes conséquences sur le plan fiscal : si ces constructions appartiennent en pleine propriété à l'emphytéote, une cession de l'emphytéose pourra conduire, relativement à la valeur de ces constructions, à une taxation aux droits d'enregistrement au taux applicable en matière de vente »).

§ 2. Obligations

A. Charges et impositions

32. L'emphytéote assumait une charge fiscale passablement lourde sous l'ancien droit²²⁴. Il n'en va pas différemment dans le nouveau Code civil : « Pendant la durée de son droit, l'emphytéote est tenu de *toutes les charges et impositions* relatives à l'immeuble objet de son droit d'emphytéose et toutes celles relatives aux ouvrages et plantations dont il est propriétaire en application de l'*article 3.182* »²²⁵; et le débours se dédouble, portant aussi bien sur le fonds que sur les éventuelles constructions. Derrière une pareille lourdeur, il faut voir ici aussi sans doute la contrepartie de cet usage « plein » et de cette « pleine » jouissance reconnu au titulaire du droit d'emphytéose²²⁶; *a minima*, ce dernier est redevable du précompte immobilier²²⁷.

En cas de cession du droit, qui – du cédant ou du cessionnaire – réglera les impositions non encore échues²²⁸? Le second, ici, à en croire la nouvelle disposition (lue en creux) : « Lorsque le titulaire d'un droit réel d'usage cède son droit, il demeure tenu, à l'égard du propriétaire, solidairement avec le cessionnaire, des obligations personnelles dues en contrepartie de la constitution de ce droit et qui deviennent exigibles après la cession »²²⁹. Les obligations personnelles désignent généralement celles qui sont les contreparties directes de la naissance du droit (le paiement du prix, par exemple), ce qui n'est *pas* le cas du précompte immobilier par exemple (ni des réparations d'ailleurs²³⁰, lesquelles portent sur le bien lui-même); on a plutôt affaire ici à des obligations réelles (non personnelles, à tout le moins), dont la charge est transmise au cessionnaire, nouveau titulaire du droit réel.

²²⁴ Car il « supportera les impositions établies sur le fonds, soit ordinaires, soit extraordinaires, soit annuelles, soit à payer en une fois » (art. 9 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose). La déduction était passablement large, y compris dans le temps (Cass., 12 septembre 2002, *Pas.*, 2002, p. 1635 et Bruxelles, 23 février 2001, *F.J.F.*, 2001, p. 517).

²²⁵ Art. 3.173, al. 1^{er}, du nouveau Code civil, souligné par nous.

²²⁶ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil. Voy. de manière générale sur cette question T. LITANNIE et V. PIERARD, « Les démembrements de la propriété immobilière : aspects civils et fiscaux », in *L'optimisation fiscale et financière du patrimoine immobilier*, 4^e édition, Limal, Anthemis, 2017 ainsi que A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, *L'emphytéose et la superficie. Aspects fiscaux*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016.

²²⁷ Voy. de manière générale Mons, 16 mars 2012, *Courr. fisc.*, 2012, p. 604, note M. VAN DE WYGAERT, ainsi que, plus spécifiquement, Gand, 25 avril 2006, *T.F.R.*, 2007, p. 26, note T. LAUWERS et Bruxelles, 4 mai 2001, <http://tfrnet.larcier.be>.

²²⁸ Attendus que celles qui sont déjà exigibles restent à régler par la cédant (art. 3.6, al. 2, seconde phrase, du nouveau Code civil). L'absence d'indication sur le caractère personnel ou réel des obligations en question incline à penser que ces deux types d'obligations sont concernés par la disposition, même si le doute demeure permis (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 357).

²²⁹ Art. 3.6, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil.

²³⁰ Voy. *infra* n° 33.

B. Réparations

33. Que prévoit le nouveau Code civil en termes de réparation cette fois? L'emphytéote « doit faire toutes les réparations d'entretien et toutes les grosses réparations au sens des articles 3.153 et 3.154, relatives à l'immeuble objet de son droit et aux ouvrages et plantations qu'il a l'obligation de réaliser, afin de ne pas en diminuer la valeur »²³¹. Plusieurs enseignements s'en dégagent. D'abord, le législateur de 2020 envisage expressément les grosses réparations, ignorées par la loi de 1824 (qui s'en tenait aux réparations « ordinaires » et à celles qui visent à « entretenir l'immeuble »)²³²; ces grosses réparations, il les met à charge de l'emphytéote (en même temps que les réparations d'entretien), ce qui constitue une autre clarification appréciable.

À ce propos, une louable transversalité terminologique et sémantique est instaurée puisque les réparations d'entretien et les grosses réparations assignées à l'emphytéote ne sont autres en réalité que celles qui ont été imaginées à propos de l'usufruit (et qui sont dévolues respectivement à l'usufruitier et au nu-propriétaire)²³³; le nouveau Code y gagne en lisibilité et en cohérence²³⁴.

34. Ensuite, alors que la loi de 1824 limitait l'obligation d'entretien et de réparation de l'emphytéote à « l'immeuble donné en emphytéose »²³⁵, le texte de 2020 fait porter les charges de l'emphytéote à la fois sur « l'immeuble objet de son droit » et sur les ouvrages et plantations que l'intéressé « a l'obligation de réaliser »²³⁶ (soit respectivement un bien qui n'est pas sa propriété²³⁷ et des ouvrages qui, eux, lui appartiennent²³⁸). Pourquoi? En raison tout simplement de l'interdiction de « ne pas en diminuer la valeur »²³⁹; visant déjà l'immeuble du bailleur emphytéotique²⁴⁰, cette prohibition de diminution de valeur concerne donc également les ouvrages effectués par l'emphytéote sur commande (ce qui est neuf, ici, car ce dernier est simplement tenu par ailleurs de ne pas les « détruire »²⁴¹). Quoi qu'il en soit, c'est cette exigence principielle qui

²³¹ Art. 3.173, al. 2, du nouveau Code civil.

²³² Art. 5, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

²³³ C'est le sens du renvoi aux art. 3.153 et 3.154 du nouveau Code civil. opéré par la disposition commentée.

²³⁴ « Dans la mesure où l'intégralité des réparations lui revient [à l'emphytéote], cette distinction entre réparation d'entretien et grosses réparations paraît inutile », nuance toutefois un auteur. « Cela étant dit, cette dichotomie pourra aider les parties à déroger à ce principe en mettant les unes à charge de l'un et les autres à charge de l'autre (et inversement) » (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître).

²³⁵ Art. 5, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

²³⁶ Art. 3.173, al. 2, du nouveau Code civil.

²³⁷ Le pouvoir de disposition ne figure point en effet parmi les prérogatives reconnues à l'emphytéote sur l'objet de son droit (l'immeuble d'autrui) par l'art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²³⁸ De façon provisoire, rappelons-le (art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil).

²³⁹ Art. 3.173, al. 2, *in fine*, du nouveau Code civil.

²⁴⁰ Exigence générale plusieurs fois répétée dans le texte: art. 3.167, al. 2, et art. 3.172, al. 1^{er}, *in fine*, du nouveau Code civil.

²⁴¹ Art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

explique l'accroissement certain de la charge du titulaire de l'emphytéose qui, sauf en cas de défaut d'entretien de sa part, n'était censé auparavant effectuer que les réparations « ordinaires »²⁴² (et pas les grosses réparations)²⁴³; toutefois, cette approche téléologique²⁴⁴ permet au moins d'exonérer l'emphytéote des réparations causées par un cas de force majeure puisque, en amont, cet événement lève l'interdiction angulaire de diminuer la valeur de l'immeuble²⁴⁵. En tout état de cause, l'intéressé doit prendre les « mesures nécessaires pour que le dommage ne s'aggrave pas »²⁴⁶.

Si, avec les réparations des ouvrages commandés, l'emphytéote supporte ainsi une obligation spéciale (qui n'est pas sans conséquences pécuniaires), on peut supposer que le contrat de commande comporte une contrepartie financière. À défaut, l'emphytéote pourra toujours invoquer la théorie de l'enrichissement injustifié²⁴⁷; à propos de cette notion inédite d'enrichissement injustifié, signalons à la fois qu'elle est la nouvelle appellation de l'enrichissement sans cause et que les auteurs du livre 3 (du nouveau Code civil) sur le droit des biens, animés par une louable préoccupation d'harmonisation normative, l'ont empruntée au livre 5 en projet relatif aux obligations²⁴⁸.

35. Qu'en est-il cette fois des constructions érigées de façon *libre* par l'emphytéote²⁴⁹? Celui-ci est-il délié de tout devoir d'entretien à leur endroit (puisque'il n'y a aucun commanditaire dans l'opération)? Non pas. « Quant aux ouvrages et plantations qu'il a acquis ou qu'il a réalisés sans y être tenu, l'emphytéote doit faire toutes les réparations rendues nécessaires pour l'exercice des autres droits réels d'usage existant sur l'immeuble »²⁵⁰. On a là une sorte de contrepartie à l'absence d'interdiction, pesant sur l'emphytéote, de diminuer la valeur de l'immeuble (puisque ces ouvrages et plantations sont *sa* propriété²⁵¹ – et non pas simplement l'objet de son droit d'emphytéose²⁵²).

²⁴² Art. 5, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose et Cass., 21 avril 2015, *Pas.*, 2015, p. 1315.

²⁴³ Et sur le seul immeuble objet de son droit, par surcroît.

²⁴⁴ En ce sens que c'est dans la finalité expresse d'éviter de diminuer la valeur de l'immeuble que l'emphytéote est tenu par cette obligation extensive de réparation.

²⁴⁵ Art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

²⁴⁶ B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 359.

²⁴⁷ Par application de l'art. 3.176, al. 2, du nouveau Code civil.

²⁴⁸ Art. 5.138 en projet du nouveau Code civil. Concrètement, « celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au jour de la restitution » (art. 5.140, al. 1^{er}, en projet du nouveau Code civil).

²⁴⁹ Ou, à tout le moins, sans y être obligé par le constituant du droit d'emphytéose.

²⁵⁰ Art. 3.173, al. 3, du nouveau Code civil.

²⁵¹ De manière certes temporaire (et par application de la théorie de la superficie-conséquence); voy. l'art. 3.172, al. 3, du nouveau Code civil.

²⁵² Sur lequel il a (uniquement) droit d'usage et de jouissance (art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil). Voy. sur la question B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 359.

L'évocation de ces « autres droits réels d'usage existant sur l'immeuble » ne manque pas d'interroger. En fait, l'emphytéote n'est peut-être pas le seul à utiliser l'immeuble ; il a pu éventuellement grever celui-ci d'un *autre* droit réel d'usage²⁵³ (hypothèse des droits réels en cascade) – voire, assurent les travaux préparatoires²⁵⁴, le propriétaire lui-même peut en faire autant. Par cette obligation de réparation, il s'agit dès lors de faire advenir entre ces différents utilisateurs d'une même chose immobilière une « communauté d'intérêts », qui incite ou contraint chacun à entreprendre les réparations relativement à sa part de la chose – non pas pour son bien propre²⁵⁵, mais pour le bénéficiaire général de cette petite collectivité ; l'inertie d'un seul des titulaires est susceptible en effet d'entraver l'exercice utile des autres droits réels. On a là, en définitive, une « application plus moderne des règles sur les relations de voisinage »²⁵⁶.

Ceci étant, et comme pour atténuer la lourdeur de ce devoir nouveau, ne doivent être entreprises que les réparations qui s'avèrent strictement « nécessaires » (à l'exercice des autres droits réels), pas simplement utiles.

36. Trois interrogations, en lien avec dernier point (ces « autres droits réels d'usage existant sur l'immeuble »), demeurent toutefois. D'abord, vu l'ampleur des prérogatives dévolues à l'emphytéote²⁵⁷, on ne voit pas bien quel autre droit réel d'usage pourrait être constitué par le propriétaire sur l'immeuble objet du droit d'emphytéose (le *même* immeuble), sans compromettre les droits de l'emphytéote déjà installé... sauf à considérer l'immeuble comme un espace tridimensionnel²⁵⁸, qui accepterait l'empilement de plusieurs emphytéotes horizontaux, en quelque sorte.

Ensuite, pourquoi une protection analogue n'a-t-elle pas été prévue au bénéfice du titulaire d'un droit *personnel* d'usage (un locataire par exemple) ? À titre d'information, c'est ce que le législateur a prévu pour le droit de superficie (en mobilisant la locution plus ouverte « autres droits d'usage »²⁵⁹, réels ou non dès lors) ; et la chose est, là, totalement assumée²⁶⁰.

²⁵³ Par application de l'art. 3.168 du nouveau Code civil.

²⁵⁴ « Il importe peu à cet égard qu'il s'agisse de droits concédés par le propriétaire de l'immeuble ou, dans les cas prévus par la loi, par l'emphytéote lui-même ou d'autres titulaires de droits réels d'usage sur ledit immeuble » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 323).

²⁵⁵ Le propriétaire fait ce qu'il veut chez lui, en quelque sorte.

²⁵⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 323.

²⁵⁷ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁵⁸ L'emphytéose peut d'ailleurs porter sur des immeubles par nature (art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil), lesquels recouvrent aussi « les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions » (art. 3.47, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

²⁵⁹ Art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil.

²⁶⁰ « Les rédacteurs ont toutefois utilisé le terme générique "des autres droits d'usage" car le même type d'obligation doit exister aussi au profit des titulaires de droits personnels d'usage, tel que le locataire » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 347)

Enfin, et surabondamment, il est permis de s'interroger sur la valeur ajoutée d'une telle disposition, autonome et logée au sein des articles de loi relatifs à l'emphytéose; le devoir de réparation pesant en ce cas sur l'emphytéote ne peut-il pas déjà être tiré en effet de l'acte même de constitution du droit d'usage en question²⁶¹ ?

Sous-section 6

Extinction

§ 1. Mise en contexte

37. En fait d'extinction du droit d'emphytéose, le législateur de 1824 s'était montré singulièrement peu loquace, concentrant surtout son propos sur ce mode – il est vrai particulier – qu'est la déchéance (laquelle opérait « pour cause de dégradations ou d'abus de jouissance »²⁶²).

À cet égard, le nouveau Code civil s'affiche plus complet, à un triple égard. D'abord, il confère à la déchéance une portée étendue, en la rangeant, au sein du droit commun, parmi les modes généraux d'extinction des droits réels (de tous les droits réels); le juge la prononcera si le titulaire « abuse de manière manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages au bien, soit parce qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien »²⁶³. Ensuite, lorsque le législateur de 2020 proclame que « le droit d'emphytéose s'éteint par les causes visées aux articles 3.15 et 3.16 »²⁶⁴, il renvoie à ces modes d'extinction, tant « généraux »²⁶⁵ que « spécifiques » (aux droits réels d'usage)²⁶⁶; et la disparition du droit advient même si ces causes se produisent avant la fin de la quinzième année²⁶⁷ (ce qui est le nouveau délai minimal de l'emphytéose²⁶⁸). Enfin, et indépendamment de la déchéance du droit, le bailleur emphytéotique a reçu le droit d'« agir immédiatement en cessation ou en réparation en nature contre le titulaire de ce droit si ce dernier réalise des ouvrages ou plantations excédant les limites de son droit »²⁶⁹; une remise en état du bien peut ainsi être ordonnée avant l'issue de l'emphytéose²⁷⁰.

²⁶¹ D'aucuns n'hésitent d'ailleurs pas à tenir cette disposition pour « superfétatoire » (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître).

²⁶² Art. 16 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose; voy. aussi l'art. 15.

²⁶³ « [...] sans préjudice du pouvoir pour le juge d'imposer, en lieu et place de la déchéance, d'autres conditions pour l'exercice de son droit (art. 3.16, 4^o, première phrase, du nouveau Code civil).

²⁶⁴ Art. 3.174, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁶⁵ Art. 3.15, du nouveau Code civil.

²⁶⁶ Art. 3.16 du nouveau Code civil.

²⁶⁷ Art. 3.174, al. 1^{er}, *in fine*, du nouveau Code civil.

²⁶⁸ Art. 3.169, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁶⁹ Art. 3.16, 4^o, seconde phrase, du nouveau Code civil.

²⁷⁰ Voy. B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 354.

38. Une exception est cependant apportée (à cette possibilité de dissolution anticipée de l'emphytéose) : « le droit d'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de quinze ans *du seul fait de la volonté d'une des parties* »²⁷¹. Pourquoi ? « Il y a souvent un calcul économique (de rentabilité) en cas d'emphytéose, aucune partie ne peut unilatéralement rompre cet équilibre », expliquent en ce sens les travaux préparatoires ; « cela favorise aussi, le cas échéant, le crédit immobilier »²⁷². L'on veut éviter aussi la manœuvre classique consistant pour l'emphytéote à *renoncer* à son droit avant l'expiration de la durée minimale ; douteux, ce procédé est entaché potentiellement de fraude aux droits des tiers. Et, parce qu'il touche directement à la durée du droit d'emphytéose (de nature impérative²⁷³), cet article est vu lui aussi comme impératif²⁷⁴.

Ce verrou temporel des quinze premières années est loin cependant d'être absolu. Car on peut le lire, *a contrario*, comme laissant ouvertes durant ce même laps de temps des possibilités d'extinction telles que la résiliation décidée de commun accord²⁷⁵, la déchéance, le pacte comissoire exprès²⁷⁶ ou encore, dans le fil de la jurisprudence²⁷⁷, la condition résolutoire²⁷⁸ (autre que purement potestative) – voire l'exercice par l'emphytéote de l'option d'achat du tréfonds²⁷⁹

²⁷¹ Art. 3.174, al. 2, du nouveau Code civil, souligné par nous.

²⁷² Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 324.

²⁷³ *Voy. supra* n° 12.

²⁷⁴ V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

²⁷⁵ Bruxelles, 1^{er} décembre 2009, *N.j.W.*, 2010, p. 66, note A. VANDERHAEGHEN. Attention toutefois au risque de requalification en vente « lorsque l'emphytéote est propriétaire des constructions » (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 363).

²⁷⁶ « Une résolution sur la base de la loi ou d'une *clause résolutoire* est possible aux conditions prévues au Livre 5 du Code civil. Elle peut bien entendu se produire avant l'expiration du délai de 15 ans, dès lors qu'elle ne se base pas sur la volonté d'une des parties, mais dépend de l'inexécution du cocontractant » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, pp. 324 et 325, souligné par nous). Du reste, l'art. 3.15, 3°, du nouveau Code civil glisse la « résolution pour inexécution » parmi les modes généraux d'extinction des droits réels, sans préciser (ni requérir dès lors) qu'il doit s'agir d'une résolution judiciaire (V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître).

²⁷⁷ « En vertu de l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824, l'emphytéose ne peut être consentie pour un terme inférieur à vingt-sept ans [...] Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que les parties prévoient dans leur bail la clause que l'emphytéose pourra prendre fin, même avant l'expiration du terme minimum de vingt-sept ans, en cas de procédure en constatation d'insolvabilité ou en dissolution de la personne morale qui est l'emphytéote » (Cass., 30 mars 2006, *T. not.*, 2008, p. 97, note V. SAGAERT et M. SOMERS). *Voy. aussi*, en matière de superficie cette fois (mais à propos également d'une faillite), Anvers, 16 juin 2014, *R.G.D.C.*, 2016, p. 160.

²⁷⁸ Mentionnée également, comme cause générale d'extinction des droits réels, par l'art. 3.15, 3°, du nouveau Code civil.

²⁷⁹ *Voy.*, pour une illustration, Bruxelles, 24 septembre 2008, *J.T.*, 2009, p. 327. En tout état de cause, cette opération emporte disparition du droit, par confusion (art. 3.16, 3°, du nouveau Code civil).

(qui serait « conditionnée à la survenance d'un événement »²⁸⁰ et ne dépendrait pas de la seule volonté de l'intéressé). En tout état de cause, il y a lieu de garder à l'esprit la règle générale suivant laquelle, en cette matière, « la renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance ne portent pas atteinte aux droits des tiers qui sont acquis, de bonne foi, sur le droit réel anéanti »²⁸¹.

39. Surabondamment, il peut paraître quelque peu singulier, sur le plan légistique, d'ouvrir le sous-titre 4 (du titre 7 du nouveau Code civil) dédié aux modes « spécifiques » d'extinction de l'emphytéose par une disposition²⁸² portant comme chapeau « Généralités »... Et l'incongruité se renforce dès lors que cette disposition (présumée générale) renvoie, comme expliqué²⁸³, à un article qui traite, lui, des « modes *spécifiques* d'extinction » des droits réels d'usage²⁸⁴ (dans un libellé²⁸⁵ qui, au demeurant, tend à se confondre avec celui dudit sous-titre 4²⁸⁶). Soit.

§ 2. Mode spécifique d'extinction : perte d'utilité

40. La notion de perte d'utilité du bien est déjà ancienne. Son origine est notamment à trouver dans un mode d'extinction des servitudes²⁸⁷. En plus de la conserver²⁸⁸, le nouveau Code civil a décidé de faire un plus ample usage de cette notion, la mobilisant par exemple dans le cadre de la copropriété forcée – pour asseoir l'exception de fond apportée à la prohibition du partage (lorsque les biens indivis ont « perdu toute utilité, même future ou potentielle, par rapport aux biens dont ils sont l'accessoire »)²⁸⁹.

41. Il n'est pas étonnant dès lors de voir ce concept de perte d'utilité prospérer également dans le titre 7 du nouveau Code civil réservé à l'emphytéose²⁹⁰ (ainsi d'ailleurs que dans le titre 8 dévolu au droit de superficie²⁹¹), à titre de mode particulier d'extinction du droit. Ainsi, « le juge peut en ordonner la

²⁸⁰ Comme la « réception d'une offre d'achat par un tiers » (B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 350).

²⁸¹ Art. 3.17, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

²⁸² Le présent art. 3.174 du nouveau Code civil.

²⁸³ N° 37.

²⁸⁴ Intitulé de l'art. 3.16 du nouveau Code civil, souligné par nous.

²⁸⁵ « Art. 3.16. Modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage ».

²⁸⁶ « Sous-titre 4. Modes spécifiques d'extinction ».

²⁸⁷ « À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude, lorsque celle-ci a perdu toute utilité pour le fonds dominant » (art. 710bis de l'ancien Code civil).

²⁸⁸ « À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude lorsque celle-ci a perdu toute utilité, même future, pour le fonds dominant » (art. 3.128 du nouveau Code civil). Voy. notamment S. BOUFFLETTE, « Chapitre 3. Des servitudes », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 278.

²⁸⁹ Art. 3.83, *in fine*, du nouveau Code civil.

²⁹⁰ Art. 3.175 du nouveau Code civil.

²⁹¹ Art. 3.187 du nouveau Code civil.

suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle»²⁹². Ce pouvoir est d'autant plus étendu que l'utilité simplement *potentielle* (dont on s'aviserait qu'elle vient à manquer) peut aussi conduire le magistrat à imposer la dissolution; les avocats flamands ont jugé cette exigence «trop stricte»²⁹³. Il est vrai que, par contraste, l'absence de toute mention de l'utilité potentielle dans la disposition relative à la servitude²⁹⁴ est susceptible d'incliner le juge au maintien de celle-ci s'il subsiste une utilité à l'état de latence.

Le texte demeure lacunaire sur un point toutefois: l'identité des individus habilités à engager cette démarche judiciaire. L'ancien Code civil, dans le cadre des servitudes, réservait cette faculté au «propriétaire du fonds servant»²⁹⁵, ce qui excipait d'une certaine logique (puisqu'il s'agit de lui qui supporte le faix). Peut-on inférer aujourd'hui d'une absence de toute restriction sur ce point dans le texte de loi sur l'emphytéose que le pouvoir de saisine est ouvert aux *deux parties* (l'emphytéote également donc)? Nous sommes enclin à le penser, ne serait-ce que parce que l'emphytéose est un droit davantage bilatéral en quelque sorte que la servitude (conçue d'abord comme une «charge grevant un immeuble [...] pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à autrui»²⁹⁶).

42. Pour l'emphytéose et la superficie, toutefois, ce mode n'opérera que si le droit est «perpétuel»²⁹⁷. Tel sera le cas, pour rappel²⁹⁸, de l'emphytéose constituée «à des fins de domanialité publique»²⁹⁹; ce droit d'emphytéose-là est illimité dans le temps et le reste tant que se prolonge l'affectation à l'intérêt général.

Ce résultat (l'extinction de l'emphytéose pour perte d'utilité) ne peut cependant pas se produire durant les nonante-neuf premières années³⁰⁰. On cherche toutefois à comprendre pourquoi l'issue logique de la dissolution ne peut advenir qu'à partir de la centième année (et pas avant) si, de toute façon, la perte d'utilité est avérée depuis longtemps; certes, «des raisons de sécurité juridique

²⁹² Art. 3.175, *in fine*, du nouveau Code civil.

²⁹³ Voy. l'audition à la Chambre des représentants des représentants de l'Orde van Vlaamse Balies (proposition de loi portant le livre des biens» du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0173/004, p. 68).

²⁹⁴ «À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude lorsque celle-ci a perdu toute utilité, même future, pour le fonds dominant» (art. 3.128 du nouveau Code civil).

²⁹⁵ Art. 710*bis*, *in limine*, de l'ancien Code civil.

²⁹⁶ Art. 3.114, al. 1^{er}, du nouveau Code civil, souligné par nous.

²⁹⁷ C'est le sens du renvoi fait par le présent art. 3.175 du nouveau Code civil à l'art. 3.169 du même Code. Voy. aussi les art. 3.180, al. 2, et 3.187 du même instrument toujours.

²⁹⁸ Voy. n° 14.

²⁹⁹ Art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil. Voy. également l'art. 3.180, al. 2, 1^o, du même Code.

³⁰⁰ «En cas de droit d'emphytéose perpétuel tel que visé à l'article 3.169, alinéa 2, si le droit d'emphytéose existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle» (art. 3.175 du nouveau Code civil, souligné par nous).

et de sauvegarde de crédit immobilier» peuvent être entendues³⁰¹, mais il n'est point besoin à notre estime d'attendre un siècle (au sens littéral) pour réagir. Au contraire, cette inertie de très long terme semble engendrer un autre type d'insécurité juridique.

§ 3. Accession et indemnisation

43. Que se passera-t-il en fin de droit, sous l'empire du nouveau Code civil, avec les ouvrages réalisés par l'emphytéote? «À l'extinction du droit d'emphytéose, la propriété des ouvrages et plantations réalisés en application de l'article 3.172, passe au constituant du droit d'emphytéose ou à son ayant droit»³⁰². Comme avant, dès lors, la règle de l'accession reprend vigueur à l'échéance de l'emphytéose³⁰³, attribuant les ouvrages au maître du sol (ou, plus précisément, au propriétaire de l'immeuble à propos duquel l'emphytéose a été constituée). La chose est cependant formulée de manière plus explicite ici que dans l'ancien Code civil³⁰⁴.

Au passage, c'est à l'ancienne loi sur le droit de *superficie* que le législateur de 2020 a emprunté le libellé «[la propriété] passe au constituant»³⁰⁵. Or, la circonstance que cette propriété «passe» ainsi au propriétaire de l'immeuble a toujours été interprétée comme dépouillant ce dernier du pouvoir d'exiger de l'emphytéote le démantèlement³⁰⁶; il en ira de même dès lors sous l'empire du nouveau Code civil.

44. Un important changement apparaît toutefois à propos du dédommagement (absent en 1824) de l'emphytéote qui voit ses ouvrages intégrer en fin de droit le patrimoine du constituant. Aujourd'hui, ce dernier «doit indemniser, sur la base de l'enrichissement injustifié, l'emphytéote pour les ouvrages et plantations réalisés dans les limites de son droit»³⁰⁷. Concrètement, «celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au jour de la restitution»³⁰⁸.

³⁰¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 326.

³⁰² Art. 3.176, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³⁰³ Du reste, le terme «accession» ouvre l'intitulé de l'art. 3.176 («Accession et indemnisation»).

³⁰⁴ Il fallait auparavant le déduire de l'art. 8 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose, notamment.

³⁰⁵ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

³⁰⁶ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 327.

³⁰⁷ Art. 3.176, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil. À propos encore de cette notion, inédite, d'enrichissement injustifié, rappelons à la fois qu'elle est la nouvelle appellation de l'enrichissement sans cause et que les auteurs du livre 3 du nouveau Code civil sur le droit des biens, animés par une louable préoccupation de transversalité terminologique et de cohérence législative, sont allés la chercher dans le livre 5 en projet relatif aux obligations (art. 5.138 en projet du nouveau Code civil).

³⁰⁸ Art. 5.140, al. 1^{er}, en projet du nouveau Code civil. B. Pirllet (B. PIRLET, «Titre 7. Droit d'emphytéose», in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 365) s'interroge néanmoins

La modification est d'importance (sur le plan conceptuel à tout le moins³⁰⁹). Elle peut s'analyser comme la contrepartie à la quasi diminution de moitié de la durée minimale de l'emphytéose, qui laisse à l'emphytéote moins le temps d'amortir ses éventuels investissements immobiliers. En tous cas, elle a pour résultat de faire rejoindre sur ce point emphytéose et superficie – comme sur d'autres d'ailleurs (durée maximale³¹⁰ et perpétuité³¹¹ notamment). De manière générale, la pratique tendait déjà à considérer ces deux droits comme « interchangeables »³¹², ce que permettait du reste leur nature supplétive³¹³; le législateur de 2020 entérine en quelque sorte ce rapprochement (sans toutefois écraser les spécificités ni de l'un ni de l'autre).

45. *A contrario*, tout remboursement tombe si les ouvrages ont été effectués par l'emphytéote *en dehors* des « limites de son droit »³¹⁴.

L'absence de compensation peut même se transformer en *sanction* pour l'emphytéote. Dans l'hypothèse où, par ses constructions irrégulières, il aurait manqué par exemple à son devoir (impératif³¹⁵) de ne « rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble »³¹⁶, le propriétaire de l'immeuble sera fondé en effet à postuler la résolution judiciaire du droit. Par ailleurs, l'évocation des ouvrages et plantations réalisés « dans les limites de son droit »³¹⁷ ne peut manquer de renvoyer, en négatif pour ainsi dire, à l'action en cessation conférée au constituant du droit réel d'usage dont le cocontractant « abuse de manière manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages au bien, soit parce qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien »; en ce cas, ledit constituant peut aussi, en lieu et place de la déchéance, « agir immédiatement en cessation ou en réparation en nature » contre le titulaire de ce droit qui « réalise des ouvrages ou plantations excédant les limites de son droit »³¹⁸.

46. *Quid* si le constituant s'abstient d'effectuer le paiement? « Jusqu'à indemnisation, l'emphytéote a un droit de rétention sur les ouvrages et plantations »³¹⁹.

sur l'adéquation de cette solution au cas de l'emphytéose, le coût de la construction pouvant difficilement être vu comme un « appauvrissement » de l'emphytéote (lequel a pu pleinement profiter en effet de celle-ci durant son droit).

³⁰⁹ Car, en pratique par contre, le caractère supplétif de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose (à l'exception de la durée) autorisait tous les aménagements contractuels. Voy. l'art. 17 de ladite loi.

³¹⁰ Art. 3.169, al. 1^{er}, et art. 3.180, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³¹¹ Art. 3.169, al. 2, et art. 3.180, al. 2, du nouveau Code civil.

³¹² Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 329.

³¹³ Fors la durée (art. 17 et 8 des lois du 10 janvier 1824 sur les droits d'emphytéose et de superficie respectivement).

³¹⁴ Pour reprendre l'expression mobilisée par l'art. 3.176, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil.

³¹⁵ Par l'application combinée des art. 1^{er} et 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

³¹⁶ Art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

³¹⁷ Art. 3.176, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil.

³¹⁸ Art. 3.16, 4^e, seconde phrase, du nouveau Code civil. Voy. P. LECOCQ et R. POPA, « Dispositions générales », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 36 et 37.

³¹⁹ Art. 3.176, al. 2, seconde phrase, du nouveau Code civil.

Matérialisation du caractère synallagmatique de l'emphytéose, cette prérogative est le pendant inversé du droit de rétention auparavant conféré au *propriétaire du fonds* sur les objets issus du démantèlement de la construction opéré par l'emphytéote avant l'expiration du droit et qui reviennent alors à ce dernier (droit de rétention susceptible d'être exercé par le propriétaire « jusqu'à l'acquiescement de ce qui lui est dû par l'emphytéote »³²⁰). Et, pour le surplus, la règle commentée fait s'aligner aujourd'hui la situation de l'emphytéote sur celles de l'usufruitier³²¹ et du superficiaire³²².

47. Qu'en est-il cependant de cette obligation de dédommagement si son débiteur, le constituant de l'emphytéose, est déjà mort au jour de son exigibilité (hypothèse fréquente vu la durée extensive du droit d'emphytéose)? C'est logiquement, en cas de transmission « universelle » ou « à titre universel » (du droit du constituant du droit d'emphytéose), sur « l'ayant cause » que pèse alors ce devoir³²³.

La règle a été étendue à l'hypothèse de la « cession » du droit d'emphytéose³²⁴. Ce n'est plus au constituant initial, le cédant, que l'emphytéote s'adressera, mais au cessionnaire. Ce dernier gagnera dès lors à considérer ce dédommagement avant de passer à l'acte et à l'intégrer dans le prix de la cession. En tout état de cause, et malgré que le droit commun requière l'aval du créancier pour la cession contractuelle de dettes³²⁵, il semble infondé de soutenir que le cédant reste solidairement tenu (avec le cessionnaire) de l'indemnisation³²⁶.

48. Cette disposition prend un relief particulier dès lors que l'individu habilité à constituer une emphytéose peut aujourd'hui être, au-delà du propriétaire de l'immeuble, tout « titulaire d'un droit réel d'usage » (dans les limites de son droit)³²⁷. Par exemple, si le constituant se trouve être l'emphytéote primitif (qui a cédé son droit), c'est au cessionnaire à payer pour les constructions érigées par l'emphytéote second, et nullement audit emphytéote initial, ni (encore moins) au propriétaire de l'immeuble. Certes, par effet de cascade, ce dernier devra bien à terme³²⁸ indemniser pour les ouvrages réalisés sur son immeuble (le texte n'imposant pas qu'ils l'aient été par l'emphytéote initial lui-même), mais ce propriétaire a pu prévoir dans le contrat une dispense d'indemnisation³²⁹. Et,

³²⁰ Art. 7, al. 2, la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

³²¹ Art. 3.160, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³²² Art. 3.188, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³²³ Art. 3.176, al. 3, du nouveau Code civil.

³²⁴ Art. 3.176, al. 3, du nouveau Code civil.

³²⁵ L'éventuel nouveau débiteur peut en effet être moins solvable que le précédent, ce qui pourrait amener le créancier à refuser l'opération. Voy. l'art. 1327 de l'ancien Code civil.

³²⁶ B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 366 et 367.

³²⁷ Art. 3.168 du nouveau Code civil.

³²⁸ C'est-à-dire à l'extinction du droit d'emphytéose premier.

³²⁹ Cette obligation de remboursement étant parée en effet d'un caractère supplétif (en vertu de l'art. 3.1 du nouveau Code civil).

même sans cette clause, il n'a pas, en cas de dissolution anticipée de l'emphytéose de second degré, à subir l'avancement du moment du débours³³⁰.

Section 2

Droit de superficie

Sous-section 1

Définition

§ 1. L'acquisition de propriété au cœur du droit de superficie

49. Comme l'emphytéose, le droit de superficie a gardé une attractivité indéniable aujourd'hui. On a là « des droits réels parmi les plus anciens, mais aussi parmi ceux qui sont actuellement les plus utilisés dans la pratique aux fins de réaliser d'importantes opérations immobilières, permettant aux pouvoirs publics de valoriser leurs propriétés, parfois restées pendant des décennies en friche, notamment dans les zones difficiles des villes. Des opérations de promotion privées y recourent aussi très souvent »³³¹. C'est que, à l'instar de l'emphytéose, le droit de superficie allège la charge fiscale de la transaction (2 % de droit d'enregistrement³³², contre 12,5 % pour un transfert en pleine propriété³³³) et renforce chez son titulaire la capacité de financement bancaire (grâce au recours à l'hypothèque³³⁴). Décrit dans l'ancien texte comme « le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui »³³⁵, comment est défini le droit de superficie en 2020 ? C'est « un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du

³³⁰ Voy. proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 328.

³³¹ J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 371.

³³² Art. 83, al. 1^{er}, 3^o, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne (une exception est cependant faite en faveur des ASBL pour lesquelles le taux est arrêté à 0,5 %) ; c'était même 0,2 % avant la loi-programme du 28 juin 2013, *M.B.*, 1^{er} juillet 2013 (article 12, *litt.* a), mais il fallait « quelque peu rapprocher ce droit du taux du droit de vente » (projet de loi programme, commentaire des articles, *Doc. parl.*, sess. ord. 2012-2013, n° 53-2853/001, p. 15). Voy. sur le thème E. SANZOT, *Les droits réels démembrés - Aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 168 et s., ainsi qu' O. D'AOÛT, « Les aspects fiscaux des droits d'emphytéose et des droits de superficie », *Pacioli* (revue de l'Institut Professionnel des Comptables et Fiscalistes agréés), n° 429, 2016, pp. 11 et s.

³³³ À Bruxelles et en Wallonie à tout le moins (art. 44, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne).

³³⁴ Voy. B. PIRLET, « Titre 7. Droit d'emphytéose », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 322.

³³⁵ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014.

fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations »³³⁶. On le voit, la vocation même du droit de superficie, à savoir le fait d'être maître d'un bien élevé sur l'immeuble d'un autre (maître d'un volume, dit-on aujourd'hui), est mieux rendue dans le nouveau Code civil³³⁷, qui évoque à cet égard une authentique « propriété ».

50. En quoi cependant cet élément-là constitue-t-il le cœur du droit de superficie (jusqu'à figurer dans sa définition)? L'emphytéose n'emporte-t-elle pas elle aussi attribution de propriété sur les biens érigés par l'emphytéote? Oui, mais à titre de *conséquence* du droit³³⁸ (droit articulé par ailleurs autour de l'usage et de la jouissance expressément³³⁹), pas à titre de finalité. En revanche, la dimension téléologique est bien présente dans la définition de la superficie, comme le renseigne d'ailleurs la locution « *aux fins* d'y avoir tous ouvrages ou plantations »³⁴⁰ (que ce soit par le biais de la construction ou du paiement).

On en veut pour preuve que l'extinction par non usage³⁴¹ guette le droit de superficie comportant une obligation de construction qui n'aurait jamais été réalisée³⁴²; exception au principe d'unicité de la propriété (parce qu'elle confère la propriété du sol à l'un et celle du bâti à un autre), la superficie n'est autorisée précisément que parce qu'elle vise à permettre au superficiaire d'ériger sur le fonds d'autrui des bâtiments dont il devient alors le maître temporaire (ou de les acheter s'ils sont préexistants). Et, à propos plus spécifiquement du droit de superficie perpétuel (en vue de permettre la division en volumes d'un « ensemble immobilier complexe et hétérogène »³⁴³), les penseurs de la réforme expliquent qu'il s'éteindra par prescription trentenaire « s'il n'est pas fait usage du volume concédé, en y conservant, reconstruisant ou réalisant des ouvrages ou plantations »³⁴⁴ et qu'« utiliser la technique du droit de superficie avec sa caractéristique d'être destiné à l'acquisition ou la réalisation d'ouvrages (ou plantations) contraint à ce que ces volumes hétérogènes soient effectivement réalisés pour permettre ainsi la réalisation des autres volumes sur le fonds

³³⁶ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

³³⁷ En regard surtout de son prédécesseur, qui se bornait à dire du superficiaire qu'il pouvait « avoir » des bâtiments sur le terrain du tréfoncier (art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

³³⁸ Ne parle-t-on pas dans ce cas-là de superficie-*conséquence* ?

³³⁹ Voy. l'art. 3.167 du nouveau Code civil.

³⁴⁰ Art. 3.177 du nouveau Code civil, souligné par nous.

³⁴¹ Sur pied de l'art. 3.16, 2^o, du nouveau Code civil.

³⁴² Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 329.

³⁴³ Art. 3.180, al. 2, 2^o, du nouveau Code civil.

³⁴⁴ « Cela correspond donc à la fonction sociale de l'occupation des volumes et évite de rendre "stériles" des volumes d'espaces. En d'autres mots, cela évite l'occupation de l'espace terrestre en le laissant vide, et ce à des fins purement égoïstes d'agrément ou spéculatives ». Voy. proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, pp. 338 et 339.

ainsi “partagé”. À défaut de cette réalisation, on rappelle que le droit de superficie peut s’éteindre par prescription extinctive »³⁴⁵.

§ 2. La propriété par volumes

51. Plus fondamentalement, la définition ici proposée intègre la propriété par « volumes »³⁴⁶. Trouve ainsi incarnation emblématique la nouvelle réalité « tridimensionnelle » de la propriété voulue par le législateur³⁴⁷. Du reste, celle-ci s’exprime également avec les immeubles par nature (« Sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions »³⁴⁸) et la clôture mitoyenne (dont les règles s’appliquent aussi « entre volumes »³⁴⁹) ; et, par ailleurs, la nouvelle règle de l’étendue verticale de la propriété foncière veut que « le droit de propriété sur le fonds s’étend uniquement à une hauteur au-dessus ou une profondeur en dessous du fonds qui peut être utile à l’exercice des prérogatives du propriétaire »³⁵⁰.

Autrement dit, le superficiaire est propriétaire non plus seulement d’un bâtiment érigé sur le fonds d’autrui, mais d’un volume (situé notamment au-dessus du sol)³⁵¹. Et, au sein ce volume, il est libre de réaliser ou acheter des ouvrages – pas nécessairement en contact direct avec le sol d’ailleurs³⁵². Une question demeure : comment le superficiaire pourrait-il être propriétaire d’un volume (qui s’étend en hauteur et en profondeur³⁵³) sans être propriétaire du *fonds*, lequel reste en effet dans les mains du tréfoncier (mais qui semble faire matériellement partie dudit volume pourtant)³⁵⁴ ?

52. Il reste aussi à s’interroger sur la nature (immobilière ou mobilière) de ce volume. L’enjeu, très concret, est évident : maintenant que la superficie ne porte

³⁴⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 339.

³⁴⁶ « Le droit de superficie est un droit réel d’usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d’autrui, aux fins d’y avoir tous ouvrages ou plantations » (art. 3.177 du nouveau Code civil). Voy. sur la question P. LECOQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2: Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 382 et s.

³⁴⁷ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 331. Voy. aussi V. SAGAERT, « Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom », *T.P.R.*, 2009, pp. 21 et s.

³⁴⁸ Art. 3.47 du nouveau Code civil.

³⁴⁹ Art. 3.103, al. 3, du nouveau Code civil

³⁵⁰ Art. 3.63, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³⁵¹ Volume que l’on ne peut cependant pas utiliser jusqu’à l’infini (ni en hauteur, ni en profondeur), comme le signale précisément l’art. 3.63, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

³⁵² Voy. entre autres P.-Y. ERNEUX, « La propriété en volumes. Flexibilité et évolution des programmes immobiliers et par voie de conséquence, de leur organisation juridique », *J.T.*, 2014, pp. 85 et s., ainsi que S. BOULY, *Onroerende natrekking en horizontale eigendomssplitsingen*, Antwerpen, Intersentia, 2015.

³⁵³ Art. 3.63 du nouveau Code civil.

³⁵⁴ J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 418.

plus sur un immeuble mais sur un tel volume, l'acte de constitution requiert-il encore d'être transcrit³⁵⁵? On incline à l'affirmative, dans la mesure où ce volume reste intimement associé au « fonds » d'autrui (« sur, au-dessus ou en dessous »)³⁵⁶.

53. Indubitablement audacieuse (si l'on considère par exemple la position longtemps tenue par la Cour de cassation³⁵⁷), cette évolution législative emprunte la bonne direction à notre estime. Les exigences de densification du territoire, alimentées par un essor démographique sans précédent et exacerbées encore par les contraintes environnementales (construire compact et arrêter l'étalement urbain) ainsi que par la raréfaction du foncier disponible, commandent aujourd'hui d'envisager autant que possible de construire en hauteur³⁵⁸. En somme, de préférer la verticale à l'horizontale, par exemple pour construire un étage supplémentaire sur l'immeuble d'un autre (tout en maintenant la propriété dudit étage au constructeur) ou encore y placer des panneaux photovoltaïques. « La croissance des villes, peut-être vers le haut, est un enjeu actuel qui implique la logique des volumes immobiliers »³⁵⁹. Ce, sans compter l'importance prise ces dernières années par les partenariats public-privé (qui se prêtent adéquatement à ce genre de montages).

54. Loin d'être cosmétique ou purement lexicale, cette reconnaissance emporte au moins deux conséquences très pratiques. *Primo*, et par dérogation au régime général³⁶⁰, « le droit de superficie ne s'éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficière »³⁶¹, car ces derniers n'épuisent plus l'objet du droit de superficie (et le volume, par définition, « ne disparaît jamais »³⁶²). *Secundo*, il est fait échec à la limitation temporelle de l'emphytéose (nonante-neuf ans maximum) lorsqu'il y a lieu de « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant

³⁵⁵ En vertu de l'art. 3.30, § 1^{er}, 1^o, du nouveau Code civil.

³⁵⁶ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

³⁵⁷ « Un droit de propriété immobilier, distinct de la propriété du sol, ne peut porter que sur des constructions, ouvrages et plantations. Un espace ouvert au-dessus du sol qui n'est délimité que par des lignes de peinture ou tout autre moyen de marquage au sol ne s'identifie pas à de tels ouvrages » (Cass., 13 septembre 2013, R.C.J.B., 2014, p. 288, note J. PÉRILLEUX). Voy. sur cet arrêt P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : actualités législatives et jurisprudentielles », in P. LECOCQ (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 166 et s., ainsi que P.-P. RENSON, « La propriété immobilière », *Rép. not.*, t. II : *Les biens*, livre II^o, 2014, pp. 65 et 66.

³⁵⁸ Au demeurant, la surélévation présente un avantage financier évident : créer un nouvel appartement au-dessus du dernier étage rend éligible aux aides à l'isolation du toit, tout en diminuant les charges énergétiques de l'immeuble *in globo*.

³⁵⁹ J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. LECOCQ *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 371.

³⁶⁰ Art. 3.15, 2^o, du nouveau Code civil.

³⁶¹ Art. 3.186 du nouveau Code civil.

³⁶² Il continue d'exister indépendamment de ce qu'il contient (ou de ce qu'il ne contient pas/plus). Voy. la proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n^o 0173/001, p. 348.

plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune»³⁶³. On y reviendra³⁶⁴.

55. Un triple élément de relativisation doit cependant être apporté. D'abord, on doit à la vérité de dire que ce mouvement avait été amorcé dès 2014, avec la réforme ayant permis la constitution d'un droit de superficie sur le *bâtiment* d'autrui³⁶⁵ (non plus nécessairement sur un terrain) et, subséquentement, accordé à d'autres personnes que le tréfoncier le pouvoir de concéder un tel droit³⁶⁶. La présente loi parachève cette dynamique, notamment en clarifiant le cadre conceptuel.

Ensuite, en dehors de l'exception développée plus loin³⁶⁷, cette propriété par volumes n'est nullement éternelle. Déployée à l'intérieur du droit de superficie, elle connaît la même limitation dans le temps que ce droit³⁶⁸. Elle n'est donc pas une propriété en tant que telle. À preuve ou à témoin, la propriété par volumes est sujette à prescription extinctive (si le titulaire ne fait rien de son droit de superficie)³⁶⁹, à l'inverse de la propriété classique³⁷⁰; du reste, le constituant est toujours susceptible de mettre fin au droit de superficie (même avec des volumes) en cas de manquement de son cocontractant. Ce parti pris est totalement assumé par les auteurs de la réforme : «D'un point de vue conceptuel, un droit de superficie perpétuel exceptionnel a paru préférable à une propriété immobilière perpétuelle en volumes»³⁷¹. Par ailleurs, «les volumes sont visés expressément dans la définition nouvelle proposée du droit de superficie et peuvent donc être – temporairement en principe, mais aussi, à certaines strictes conditions, de façon perpétuelle – dissociés du sol»³⁷².

³⁶³ Art. 3.180, al. 2, 1^{er} et 2^o, du nouveau Code civil.

³⁶⁴ N^{os} 110 et 71 respectivement.

³⁶⁵ «Le droit de superficie est le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, *au-dessus* ou en dessous du fonds d'autrui» (art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, M.B., 14 mai 2014, souligné par nous). Voy., sur cette législation de 2014, P. LKecocq, «Superficie et emphytéose: actualités législatives et jurisprudentielles», in P. Lecocq (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 178 et s. Voy. *infra* n^o 61.

³⁶⁶ «Le droit de superficie peut être constitué par tout titulaire d'un droit réel immobilier dans les limites de son droit» (art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014).

³⁶⁷ Art. 3.180, al. 2, 2^o, du nouveau Code civil. Voy. *infra* n^{os} 71 et 72.

³⁶⁸ Nonante-neuf ans maximum (art. 3.180, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil).

³⁶⁹ Art. 3.16, 2^o, du nouveau Code civil.

³⁷⁰ Art. 3.51, al. 2, du nouveau Code civil.

³⁷¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n^o 0173/001, p. 338.

³⁷² Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n^o 0173/001, p. 117.

Enfin, et c'est le troisième élément de relativisation, la loi du 4 février 2020 appelle sans doute, pour être complète, des adaptations de la documentation patrimoniale (matrice cadastrale entre autres)³⁷³.

56. Pour méritoire soit-elle, cette modification législative semble s'inscrire quelque peu en retrait de la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation (entre autres³⁷⁴). Dans un arrêt du 6 septembre 2018³⁷⁵, celle-ci a admis que la renonciation au droit d'accession (induite par le transfert de la pleine propriété d'une partie de bâtiment *sans* le sol sur lequel celui-ci repose³⁷⁶) n'engendre *pas nécessairement* un droit de superficie³⁷⁷ – ce qui, par voie de conséquence, exonère ladite propriété d'une limitation dans le temps³⁷⁸. Brèche est ainsi ouverte dans le traditionnel principe moniste (selon lequel, au-delà d'un certain temps, il ne peut plus y avoir qu'un seul propriétaire), axiome qu'on croyait inoxydable pourtant³⁷⁹. Peut-être est-ce encouragé par cet arrêt que le nouveau Code civil a décidé d'écarter tout plafond temporel lorsqu'il y a lieu de « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune »³⁸⁰, entre autres ; on y reviendra également³⁸¹. En tous cas, l'avancée de la Cour de cassation est considérable, y compris par rapport à la jurisprudence jusqu'alors dominante (tant celle des juridictions de fond³⁸² que la sienne propre³⁸³), plutôt hostile et rivée à la règle du monisme.

³⁷³ Voy. l'audition à la Chambre des représentants des représentants de la Fédération royale du Notariat belge (proposition de loi portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0173/004, p. 68).

³⁷⁴ Voy. également J.P. Marche-en-Famenne-Durbuy (siège Durbuy), 29 juillet 2015, inéd., R.G. 14/A/166.

³⁷⁵ Cass., 6 septembre 2018, *R.W.*, 2019-2020, p. 55, note V. SAGAERT.

³⁷⁶ *In casu*, il s'agissait d'une donation d'appartements par des parents à leurs deux enfants, les sol et sous-sol étant toutefois placés en indivision entre eux quatre (notamment parce que la chaudière dessert l'ensemble du bâtiment).

³⁷⁷ « Il ne suit pas de ces dispositions [art. 552, al. 1^{er}, et 553 de l'ancien Code civil et art. 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824] que toute renonciation au droit d'accession engendre la constitution d'un droit de superficie ».

³⁷⁸ Ce qui a fait d'ailleurs dire à un auteur que l'arrêt du 6 septembre 2018 « ringardise » cette modification législative – alors en projet (G. CARNOY, « Propriété en volume : un arrêt de principe », *Carnet de route en droit immobilier*, www.gillescarnoy.be, 2 janvier 2019).

³⁷⁹ Voy. P.-P. RENSON, « La propriété des volumes : tout sauf du vent », obs. sous Cass., 13 septembre 2013, *Pli jur.*, 2014, n° 10, pp. 4 et s.

³⁸⁰ Art. 3.180, al. 2, 1^o et 2^o, du nouveau Code civil.

³⁸¹ Voy. *infra* n^{os} 71 et 72.

³⁸² Notamment Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 933.

³⁸³ « Un droit de propriété immobilier, distinct de la propriété du sol, ne peut porter que sur des constructions, ouvrages et plantations. Un espace ouvert au-dessus du sol qui n'est délimité que par des lignes de peinture ou tout autre moyen de marquage au sol ne s'identifie pas à de tels ouvrages » (Cass., 13 septembre 2013, *R.C.J.B.*, 2014, p. 288, note J. PÉRILLEUX). Voy. sur cet arrêt P. LECOQ, « Superficie et emphytéose : actualités législatives et jurisprudentielles », in P. Lecocq (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 178 et s.

Pour le surplus, notons que la Cour de cassation de France a elle aussi brisé une lance (en 2016) en faveur d'un droit de propriété par volumes³⁸⁴. Le contexte juridique est autre cependant, ne serait-ce que parce que ce pays ne connaît (fatalement) pas la législation hollandaise de 1824 sur le droit de superficie. Notons toutefois que la loi française dite ALUR³⁸⁵ avait autorisé dès 2014 la « division en volumes d'un ensemble immobilier complexe »³⁸⁶, notion qui annonçait la nôtre.

§ 3. Une définition extensive

57. Il convient par ailleurs de noter le caractère extensif de la définition dont le législateur a doté le droit de superficie. Ainsi, le volume en question peut être déjà « bâti ou non » ; et, s'il l'est, il peut l'être « en tout ou en partie »³⁸⁷. En ce sens, la Cour de cassation avait déjà admis un droit de superficie portant spécifiquement sur un bâtiment... non encore construit (pour la raison simple qu'il devait venir en remplacement d'un bien à démolir au préalable)³⁸⁸.

Par ailleurs, le volume peut se trouver « sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui »³⁸⁹ (alors que le droit de superficie ne pouvait porter initialement que *sur* l'immeuble en question³⁹⁰). Cette précision répercute un changement opéré en 2014³⁹¹ (que l'on détaillera plus loin³⁹²).

Enfin, la finalité du droit peut résider aussi bien dans l'acquisition d'ouvrages que de plantations³⁹³. On le voit, le spectre est large – et les possibilités multiples.

³⁸⁴ Cass. fr., arrêt n° 894 du 8 septembre 2016 (14-26.953), troisième chambre civile. Acheter un bâtiment occupé par une personne morale tout en conférant à celle-ci un « droit réel de jouissance spéciale » sur les locaux dont elle dispose actuellement, le temps de son existence, revient à dire selon la haute juridiction que ce droit n'est pas limité dans le temps. Voy. également Cass. fr., arrêt n° 1285 du 31 octobre 2012 (11-16.304), troisième chambre civile.

³⁸⁵ Art. 59 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *J.O.R.F.* n° 0072 du 26 mars 2014.

³⁸⁶ Art. 28.IV de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, *J.O.R.F.* du 11 juillet 1965. Voy. sur le thème N. LE RUDOLIER, « Division en volumes. Nature et principes », *JurisClasseur Construction-Urbanisme*, fascicule 107-10, 1^{er} novembre 2016, n° 7.

³⁸⁷ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

³⁸⁸ Cass., 23 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2014, p. 1223. Sur cet arrêt, voy. P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : actualités législatives et jurisprudentielles », in P. Lecocq (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 173 et s.

³⁸⁹ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

³⁹⁰ Art. 1^{er} initial de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

³⁹¹ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014.

³⁹² N°s 61 et 74.

³⁹³ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

§ 4. Un prix ?

58. Une définition doit aussi s'apprécier par rapport à ce qu'elle ne contient pas. À cet égard, le caractère onéreux de la constitution du droit de superficie continue de ne *pas* faire partie des éléments constitutifs ; une superficie gratuite peut donc se concevoir, comme avant³⁹⁴. C'était même, avant que l'emphytéose devienne à son tour gratuite en 2020 (si les parties le désirent), un point d'opposition entre ces deux droits³⁹⁵.

59. Si prix il y a³⁹⁶ (ce qui est généralement le cas – et pas à un niveau simplement symbolique), il peut, au choix des parties, être payé en une fois ou par redevances régulières³⁹⁷. Dans cette dernière hypothèse, la potentiellement longue durée du droit de superficie³⁹⁸ est susceptible d'entraîner une dépréciation monétaire du montant dû tout au long de ces années. Aussi, une loi du 14 mai 1955 prise dans le cadre de l'emphytéose, promulguée aux fins expresses de combattre un tel effet déflatatoire, a veillé à associer les « baux de superficie » au bénéfice de ses dispositions³⁹⁹.

Cette législation impose la réévaluation du « montant originaire » de tous les contrats d'emphytéose conclus avant 1955, ainsi que du coefficient multiplicateur en question (lequel, on s'en doute, enfle à proportion de l'ancienneté de la convention)⁴⁰⁰. « Ces dispositions », toutefois, « restent sans effet lorsque les parties contractantes ont réglé entre elles les conditions de la variabilité de la redevance originaire eu égard à l'évolution de la conjoncture économique ou financière »⁴⁰¹. Le défaut de paiement de cette « augmentation » est susceptible d'entraîner la *déchéance* du droit⁴⁰² (sanction dont le motif diffère manifestement de ceux que l'on trouve dans le livre 3 du nouveau Code civil au sous-bassement de l'extinction – par déchéance également – des droits réels

³⁹⁴ Voy., pour une illustration, Gand, 24 février 2009, *T.F.R.*, 2010, p. 274.

³⁹⁵ Le plafonnement du canon de l'emphytéose à des valeurs souvent symboliques pouvait indûment amener à croire que ce droit était susceptible de se conclure à titre gratuit, alors que la superficie était nécessairement onéreuse ; or, c'était tout l'inverse ! L'emphytéose devait toujours être flanquée d'une telle redevance (même limitée), notamment à des fins récongnitives du droit de propriété du bailleur emphytéotique ; il s'agissait même d'un élément *constitutif* de cette prérogative (art. 1^{er}, al.1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose). Par contraste, rien dans la législation la concernant (ni la loi du 10 janvier 1824 ni celle du 4 février 2020) n'impose à la superficie d'être assortie d'une quelconque rétribution.

³⁹⁶ À défaut, le contrat de superficie pourrait s'apparenter fiscalement à une donation (P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : aspects civils », *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, titre III, livre 34, Diegem, Kluwer, 2007, p. 26).

³⁹⁷ Le prix peut également tenir dans l'acceptation par le superficiaire de la dérogation contractuelle à l'obligation (supplétive) de dédommagement en fin de droit pour les ouvrages par lui élevés.

³⁹⁸ Jusqu'à nonante-neuf ans (maximum) ; voy. *infra* ? n° 68.

³⁹⁹ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 14 mai 1955 relative aux baux emphytéotiques, *M.B.*, 18 mai 1955.

⁴⁰⁰ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 14 mai 1955.

⁴⁰¹ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 14 mai 1955.

⁴⁰² Art. 2, al. 1^{er}, de la loi du 14 mai 1955.

d'usage⁴⁰³). *Quid* cependant des tiers qui auraient acquis sur l'immeuble – ou sur le droit de superficie – des droits réels (servitude, hypothèque)? Pour éviter que ceux-ci ne périclitent (du fait de la déchéance), ceux-là sont autorisés à acquitter – en lieu et place de l'emphytéote défaillant – le surcroît de redevance dû⁴⁰⁴. Si la sanction devait néanmoins être prononcée, ces tiers seraient libres alors de postuler des dommages et intérêts⁴⁰⁵.

Sous-section 2

Qualité du constituant

60. Qui est autorisé à conclure un droit de superficie? «Le droit de superficie peut être constitué par le propriétaire ou par tout titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit», répond le nouveau Code civil⁴⁰⁶. On a là une similitude quasi parfaite avec la disposition jumelle relative à l'emphytéose⁴⁰⁷ – ce qui permet de reproduire (moyennant les adaptations d'usage) les propos tenus plus haut à propos de ce dernier droit.

On identifie donc désormais, par rapport à la loi de 1824, les personnes aptes à constituer un droit de superficie, ce qui représente déjà une avancée. Outre le propriétaire, on trouve là «tout titulaire d'un droit réel d'usage» (l'usufruitier par exemple), ce qui intègre le changement intervenu par la loi de 2014⁴⁰⁸. Pour rappel, le droit de superficie avait été à l'époque le premier droit réel à s'ouvrir à «tout titulaire d'un droit réel immobilier»⁴⁰⁹.

61. Le superficiaire et l'emphytéote étaient déjà admis dans le cercle des constituants, parce que propriétaires – temporaires – des constructions par eux érigées, de même que l'usufruitier bénéficiant d'une superficie-conséquence⁴¹⁰. Bâti ou non, le sol n'était déjà plus l'unique objet du droit de superficie; celui-ci pouvait parfaitement porter sur un bâtiment par exemple, séparément de la

⁴⁰³ Elle s'enclenche en effet lorsque «le titulaire abuse de manière manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages au bien, soit parce qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien» (art. 3.16, 4^e, du nouveau Code civil). Voy. aussi l'art. 15 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.

⁴⁰⁴ Art. 4 de la loi du 14 mai 1955.

⁴⁰⁵ Art. 5 de la loi du 14 mai 1955.

⁴⁰⁶ Art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁴⁰⁷ «Le droit d'emphytéose peut être constitué par le propriétaire ou par un titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit» (art. 3.168 du nouveau Code civil).

⁴⁰⁸ Art. 124 de la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de Justice, *M.B.*, 14 mai 2014. Voy. sur cette législation P. LECOCQ, «Superficie et emphytéose: actualités législatives et jurisprudentielles», in P. LECOCQ (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 178 et s.

⁴⁰⁹ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014.

⁴¹⁰ Théorie qui, pour prolonger l'exemple, confère à l'usufruitier ayant reçu par contrat (ou plus largement par droit d'usage – personnel ou réel) le droit de construire sur le bien du nu-propriétaire la propriété de ce qu'il aura érigé, le temps de la convention. Voy. les art. 3.142, al. 2, 3.171 et 3.182 du nouveau Code civil. Voy. sur la question P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2: Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361 et s.

parcelle sur laquelle il repose. La chose excipait d'une certaine logique, car on admettait que le droit de superficie porte aussi sur un sur-sol ou un sous-sol, ce qui a été confirmé d'ailleurs par les législateurs de 2014⁴¹¹ de 2020⁴¹².

Ceux-ci vont un cran plus loin cependant, en désignant « tout titulaire » d'un droit réel d'usage⁴¹³, sans nulle mention supplémentaire ni restriction. Dès lors, le constituant du droit de superficie n'est plus nécessairement le *verus dominus* des biens formant l'objet du droit de superficie ; il ne doit pas en être le propriétaire pour conclure une telle convention à leur sujet. « La pratique immobilière fait usage fréquent de cette possibilité », observent les auteurs du texte⁴¹⁴, soucieux (légitimement) d'accompagner les évolutions sociales plutôt que de les contrarier – tout en leur donnant cette sécurité juridique que seule peut fournir une telle consécration législative en bonne et due forme. De manière générale, le législateur de 2020 a eu à cœur manifestement de brancher le droit de superficie sur les enjeux contemporains de l'immobilier⁴¹⁵.

62. Dans la ligne toutefois de ce qui a été décidé en 2014⁴¹⁶, une condition assortit cette largesse, puisque c'est expressément – et très logiquement – « dans les limites de son droit » que l'intéressé est fondé à exercer son pouvoir nouveau⁴¹⁷. L'usufruitier tenté de constituer un droit de superficie sur le bien grevé, par exemple, gardera utilement à l'esprit qu'il doit toujours agir « conformément à la destination [du] bien et avec l'obligation de restituer celui-ci à la fin de son droit »⁴¹⁸. Il faudra veiller à ce que ces limites « soient circonscrites », avertissent les travaux préparatoires, « afin d'éviter une confusion à terme des différents droits réels d'usage et afin de ne pas aboutir à un éclatement du droit de propriété »⁴¹⁹.

⁴¹¹ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014.

⁴¹² Art. 3.177 du nouveau Code civil.

⁴¹³ Art. 3.178 du nouveau Code civil et art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014.

⁴¹⁴ À propos, *mutatis mutandis*, de l'emphytéose (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 315).

⁴¹⁵ Par exemple, on voit des communes concéder un droit de superficie sur un périmètre donné à un promoteur privé pour qu'il y développe le quartier (voire en crée un nouveau), moyennant octroi à ladite commune d'un droit d'usage sur les voiries et autres espaces publics (afin qu'elle en conserve la gestion).

⁴¹⁶ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014.

⁴¹⁷ Art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁴¹⁸ Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁴¹⁹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 315.

Sous-section 3

Objet

63. On l'a dit⁴²⁰, le droit de superficie peut porter sur un terrain (ou un volume) *déjà bâti*⁴²¹. À qui appartient alors la construction ? La question n'était pas abordée de front auparavant ; il se laissait toutefois déduire de certaines articles⁴²² que le bien demeurait dans les mains du tréfoncier, à moins que le superficiaire en ait « payé la valeur ». Et si celle-ci n'avait pas été réglée ? La doctrine oscillait entre un droit de propriété grevé de restrictions⁴²³ et un simple droit de jouissance avec obligation d'entretien⁴²⁴. Et, fiscalement aussi, le flou régnait⁴²⁵ (l'administration concernée n'ayant jamais officiellement pris position⁴²⁶).

64. À cette aune, la loi du 4 février 2020 apporte une incontestable clarification – triplement. D'un point de vue formel, tout d'abord, parce que l'attribution de la propriété est formulée clairement : « Sauf clause contraire dans l'acte de constitution ou de cession d'un droit de superficie sur un immeuble planté ou construit, un tel acte emporte acquisition contractuelle, par le superficiaire ou le cessionnaire et pour la durée de son droit de superficie, de la propriété des ouvrages et plantations préexistants »⁴²⁷. En un mot, le superficiaire est aujourd'hui le bénéficiaire désigné.

Au passage, la locution « Sauf clause contraire dans l'acte de constitution ou de cession [...] » paraît superflue eu égard au caractère globalement supplétif dont est de toute façon doté le nouveau Code civil⁴²⁸ ; autant on peut la comprendre lorsqu'on la trouve dans des articles impératifs, comme une définition⁴²⁹, autant elle semble avoir moins sa place ici. Sauf à considérer que la clause en question

⁴²⁰ Voy. *supra* n° 57.

⁴²¹ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

⁴²² « Pendant la durée du droit de superficie, le constituant du droit de superficie ou son ayant droit ne peut empêcher celui qui a ce droit, de démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni d'arracher les plantations et de les enlever, *pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de son acquisition [...]* » (art. 5 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, souligné par nous) et « Si le droit de superficie a été établi sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds sur, au-dessus ou en dessous duquel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages ou plantations *dont la valeur n'a pas été payée par le superficiaire*, le constituant du droit de superficie ou son ayant droit reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité [...] » (art. 7 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, souligné par nous).

⁴²³ P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose pour un droit de propriété : aspects civils », in *Guide juridique de l'entreprise – Traité théorique et pratique*, t. III, livre 34, Diegem, Kluwer, 2007, p. 20, n° 190.

⁴²⁴ C. MOSTIN, *Emphytéose et superficie : aspects civils*, 2^e éd., tiré à part du Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 181, n° 162.

⁴²⁵ Voy. A. VANDENDRIES, « Le droit de superficie », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021 (à paraître).

⁴²⁶ Voy. F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, Liège, Kluwer, 2019, p. 293, n° 851.

⁴²⁷ Art. 3.179, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁴²⁸ Art. 3.1 du nouveau Code civil.

⁴²⁹ Voy. l'art. 3.167, al. 2, du nouveau Code civil.

sert moins à déroger à la règle générale qu'à préciser les bâtiments qui, par exception, ne reviendraient pas au superficiaire⁴³⁰. En tout état de cause, il est permis de se demander si la qualification de droit de superficie se justifie encore pleinement si l'acte de constitution déroge *expressis verbis* à cet effet acquisitif.

65. Deuxième clarification : est évacuée l'antique distinction suivant que le superficiaire a réglé ou non le prix du bâtiment existant⁴³¹. Dans tous les cas, la propriété de celui-ci passe à celui-là, indépendamment d'un quelconque paiement ; avant, il fallait soupeser soigneusement le prix de la superficie pour voir si, par son ampleur, il intégrait les bâtiments déjà construits⁴³².

Ce principe ne vaut naturellement qu'autant que la volonté des parties soit claire sur l'identité des ouvrages et plantations concernés. Pour ce faire, doivent-elles énumérer dans l'acte de constitution du droit de superficie les bâtiments transférés ? Ou, à l'inverse, existe-t-il une présomption d'englobement (dispensant de l'énumération précitée), que les parties peuvent cependant renverser en écartant telle ou telle construction ? Le législateur de 2020 opte pour la seconde solution : « Le superficiaire ne dispose d'aucune prérogative sur les volumes sur, au-dessus ou en dessous du fonds, expressément exclus de son droit » (ce, « sans préjudice de l'article 3.116 » du nouveau Code civil afférent aux sources des servitudes)⁴³³. Ne pas désigner les ouvrages existants ne suffit donc pas pour les soustraire au droit de superficie ; peut-être est-ce d'ailleurs là le sens (pointer les ouvrages demeurant dans les mains du tréfoncier) qu'il faut prêter à la locution « Sauf clause contraire dans l'acte de constitution ou de cession [...] »⁴³⁴ ? Il reste que cette disposition doit inciter le tréfoncier à la vigilance et, en tous cas, l'inviter ne pas tableur sur une exclusion implicite⁴³⁵.

À titre surabondant, « l'article 3.116 » auquel il est renvoyé doit s'entendre selon nous de *l'alinéa 2* de cette disposition uniquement, suivant lequel « le titulaire d'un droit réel d'usage d'un immeuble profite, en vertu de la loi, de toutes les servitudes nécessaires à l'exercice de son droit sur le fonds grevé dudit droit réel ». Pour finir, il est permis de s'interroger sur la nature du droit du superficiaire sur les bâtiments écartés (*expressis verbis*). Lui est-il interdit d'en faire un quelconque usage ? Ou faut-il y voir autre chose (comme un droit d'emphytéose⁴³⁶) ?

⁴³⁰ Voy. *infra* n° 65.

⁴³¹ Art. 5 et 7 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁴³² Par exemple, Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 939.

⁴³³ Art. 3.179, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴³⁴ Voy. *supra* n° 64.

⁴³⁵ « Dans certains cas, l'exclusion pourrait être tacite mais certaine », constate un auteur, pour qui dès lors la réforme va « dans un sens à nouveau trop protecteur du superficiaire et pas assez du tréfoncier (J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 411).

⁴³⁶ Ce que suggère J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 411 et 412.

66. Enfin, et c'est la dernière clarification, un parfait pied d'égalité est instauré, du point de vue de leur traitement par le nouveau Code, entre les bâtiments préexistants et ceux qui auraient été érigés par le superficiaire. De fait, « ces ouvrages et plantations seront régis par les mêmes règles que si le superficiaire les avait réalisés lui-même »⁴³⁷.

67. Il reste que, pour porteuse de simplification soit-elle, la présente solution législative invite à la vigilance – à un triple titre. Dans le chef du constituant, d'abord, qui ne devra pas omettre de fondre le prix de l'édifice dans celui – global – du droit de superficie, puisque la loi n'évoque plus de valeur distincte.

Dans celui du superficiaire, ensuite, à qui l'on ne saurait trop conseiller de bien évaluer (avant de s'engager) les conséquences fiscales liées à ce transfert automatique des bâtiments – notamment le paiement des droits d'enregistrement sur ceux-ci. Attardons-nous un instant⁴³⁸ sur l'importante question de la fiscalité. À moins que la construction soit neuve⁴³⁹, la constitution d'un droit de superficie sur un terrain déjà bâti entraînera application du droit d'enregistrement proportionnel de 12,5 % sur les ouvrages (en sus naturellement des 2 % sur les redevances liées à la superficie)⁴⁴⁰, ce qui n'est pas rien. Certes, aucun prix séparé n'est prévu pour les constructions, ce qui pourrait donner à penser alors que la base imposable est nulle (réduisant l'impôt à zéro aussi, fatalement), mais n'oublions pas que le fisc applique toujours un seuil minimal d'imposition, à savoir la valeur vénale⁴⁴¹. Il se pourrait dès lors que les parties dont l'objectif est de permettre la jouissance de bâtiments existants recourent plutôt à un droit d'*emphytéose*⁴⁴² (pour autant évidemment qu'il ne s'agisse pas d'une simulation⁴⁴³) ; justement, sa durée minimale a été revue à la baisse⁴⁴⁴.

Dans le chef des autorités fédérales, enfin, lesquelles devront s'assurer de ce que cette attribution automatique et de plein droit de la propriété décidée par le

⁴³⁷ Art. 3.179, al. 1^{er}, seconde phrase, du nouveau Code civil.

⁴³⁸ Avec A. VANDENDRIES, « Le droit de superficie », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021 (à paraître).

⁴³⁹ Ce qui l'assujettirait alors à la TVA plutôt qu'au droit d'enregistrement (pourvu que cette emphytéose ait été conclue à titre onéreux).

⁴⁴⁰ A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, *Emphytéose et superficie : aspects fiscaux*, 2^e éd., tiré à part du Rép. Not., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 233, n^o 238, ainsi que F. WERDEFROY, *Droits d'enregistrement*, Liège, Kluwer, 2019, p. 292, n^o 851.

⁴⁴¹ « [...] la base imposable ne peut, en aucun cas, être inférieure à la valeur vénale des immeubles transmis » (art. 46 du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne).

⁴⁴² Sur le tout (terrain et bâtiment) ou uniquement sur ce dernier (en complément d'un droit de superficie sur le sol alors).

⁴⁴³ Voy. de manière générale Civ. Bruges, 10 mars 2014, *Rec. gén. enr. not.*, 2015, p. 27, note A. CULOT (où l'écueil a été évité).

⁴⁴⁴ Voy. *supra* n^o12.

pouvoir fédéral ne réduise pas de façon disproportionnée leur pouvoir souverain en matière de fixation des impôts régionaux⁴⁴⁵.

Sous-section 4

Durée

§ 1. Un seuil maximal qui passe de cinquante à nonante-neuf ans

68. Fixée à cinquante ans maximum auparavant⁴⁴⁶, la durée du droit de superficie a-t-elle évolué avec le nouveau Code civil? Assurément! «Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit de superficie ne peut être supérieure à nonante-neuf ans»⁴⁴⁷. Cette interdiction doit évidemment se lire en creux: la durée maximale (cinquante ans) n'est plus la même, s'alignant sur les nonante-neuf années applicables pour l'emphytéose⁴⁴⁸.

Il s'agit probablement par-là d'effacer un désavantage concurrentiel de la superficie par rapport à ce dernier droit. Par ailleurs, cette modification «devrait permettre d'éviter un choix entre ces deux droits en fonction de leur durée maximale et non de leur essence», assurent les travaux préparatoires⁴⁴⁹; plus spécifiquement, elle empêchera une «utilisation détournée» du droit d'emphytéose, annonce une auteure⁴⁵⁰.

Fût-il reculé, le plafond temporel continue de jouir, dans son principe, d'une vive importance aux yeux du législateur de 2020; ainsi que le renseigne la formule «Nonobstant toute clause contraire», ce dernier a revêtu la disposition concernée d'un caractère impératif, à l'instar du régime précédent⁴⁵¹.

69. Quel sort réserve-t-on au droit de superficie conclu pour une durée *indéterminée*? Dans le silence du texte, on se tourne vers la jurisprudence (développée sous l'empire du texte antérieur). Ainsi, «le droit de superficie qui est stipulé pour une durée indéterminée établit en réalité un droit réel pour plus de cinquante ans», pose la Cour de cassation, qui fixe le régime: «Un tel droit

⁴⁴⁵ Le risque est en effet qu'il soit «porté atteinte à la matière imposable des impôts régionaux pertinents» (audition M. Bourgeois à la Chambre **des représentants des représentants**: proposition de loi portant le livre 3 «Les biens» du Code civil, rapport de la première lecture, *Doc. parl.*, Ch., 2019-2020, n° 55-0173/004, p. 121).

⁴⁴⁶ Art. 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁴⁴⁷ Art. 3.180, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁴⁴⁸ Art. 3.169, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil. *Voy. supra* n° 13.

⁴⁴⁹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 «Les biens» dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 338.

⁴⁵⁰ P. LECOCQ, «L'étendue de la propriété immobilière: évolutions présentes, et à venir?», in P. Lecocq (dir.), *Biens, propriété et copropriété: controverses et réformes*, coll. CUP, vol. 192, Liège, Anthemis, 2019, p. 113.

⁴⁵¹ *Voy. la finale de l'art. 8 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie. Pour certains, un caractère d'ordre public coiffait plutôt cette dernière disposition (J.-Fr. ROMAIN, «Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie», in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 412).*

de superficie n'est pas nul, mais doit être réduit à ce délai maximum prévu par la loi⁴⁵². On peut en déduire que le droit de superficie assorti d'une durée non plus indéterminée mais supérieure au maximum légal suivra le même régime (bienveillant).

§ 2. Un droit de superficie « perpétuel »

70. Il y a plus : toute idée de limitation dans le temps s'efface lorsque le droit de superficie est constitué « à des fins de domanialité publique » ; le droit est dit alors « perpétuel »⁴⁵³ (et le reste tant que se prolonge cette affectation à l'intérêt général). Précisément, le nouveau Code civil a desserré quelque peu l'indisponibilité enserrant la domanialité publique puisque désormais, « il peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle »⁴⁵⁴ ; le présent cas de figure est toutefois plus large semble-t-il, englobant le « droit de superficie octroyé aux fins d'ériger des constructions relevant du domaine public » (d'après les travaux préparatoires⁴⁵⁵). Du point de vue fiscal néanmoins, il reste à s'interroger sur la base d'imposition du droit d'enregistrement (éventuellement dû⁴⁵⁶) relatif à une superficie perpétuelle payable par redevances⁴⁵⁷, dès lors que le nombre total de redevances n'est pas connu à l'avance⁴⁵⁸ ; et la remarque vaut

⁴⁵² Cass., 3 décembre 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 1133, note V. SAGAERT.

⁴⁵³ Art. 3.180, al. 2, 1^o, du nouveau Code civil.

⁴⁵⁴ Art. 3.45, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁵⁵ Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2019, n^o 55-0173/001, p. 339, souligné par nous.

⁴⁵⁶ Le conditionnel est de mise, en effet, car l'art. 161, 2^o, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe (Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne) tend à rendre gratuit l'enregistrement relatif à des opérations liées à la domanialité publique précisément. Par ailleurs, la décision n^o E.E./72.941 prononcée par le S.P.F. Finances le 17 mars 1958 précise que « l'acte par lequel une province ou une commune prend à bail un immeuble devant être affecté à une destination d'utilité publique, jouit de la gratuité de l'enregistrement à la seule condition qu'il mentionne expressément le caractère d'utilité publique de la location, étant donné que cet acte n'est pas sujet à l'autorisation ou l'approbation de l'autorité supérieure ». Enfin, le Service des décisions anticipées a tout récemment considéré (dans sa décision n^o 2020.1889 du 27 octobre 2020) que : « 61. Tout comme le contrat constitutif de droit d'emphytéose, le contrat constitutif du droit de superficie est assimilé à un contrat de bail en droit d'enregistrement. 62. La notion de « cession d'immeubles » comprend donc également les constitutions d'emphytéose et de superficie, comme en l'espèce ». Voy. sur le sujet A. VANDENDRIES, « Le droit d'emphytéose », in N. Bernard (dir.), *Le droit des biens à l'aube de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021 (à paraître).

⁴⁵⁷ En effet, le droit d'enregistrement se calcule traditionnellement sur la valeur totale des redevances et charges imposées au superficière (lire de manière combinée l'art. 83, al. 3, et l'art. 84, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne).

⁴⁵⁸ Cette hypothèse de perpétuité ne paraît *prima facie* pas être visée par l'art. 84, al. 1^{er}, du Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe – Région de Bruxelles-Capitale ou Région wallonne (lequel évoque, lui, un bail « à vie ou à durée illimitée »). Les concepteurs du nouveau livre 3 enchérissent : « Est utilisée la notion de perpétuité relative à la durée de certains droits réels, étant dans un Livre consacré aux Biens, et non les termes "à durée indéterminée" qui se réfèrent davantage à la durée

également (plus encore) pour la seconde hypothèse de perpétuité, examinée ci-après⁴⁵⁹. Enfin, il n'aura pas échappé que, par exception⁴⁶⁰, le « propriétaire du fonds » est seul habilité à proposer ce type de superficie⁴⁶¹, pas le titulaire du droit réel d'usage.

71. Cette première éventualité de perpétuité (la domanialité publique) est commune avec celle qui existe pour l'emphytéose⁴⁶². Le législateur en a prévu une seconde, tout à fait spécifique au droit de superficie celle-là : lorsqu'il y a lieu de « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune »⁴⁶³. Et, comme pour la superficie rendue perpétuelle par affectation à la domanialité publique, ce droit-ci ne peut être constitué que par le maître du fonds⁴⁶⁴.

72. Cette seconde hypothèse de superficie perpétuelle invite au commentaire. D'abord, qu'est-ce qu'un ensemble immobilier « complexe et hétérogène » ? Les auteurs du texte le décrivent comme suit : « la coexistence sur un même fonds d'au moins deux volumes comprenant des ouvrages et qui sont (1) destinés à des affectations diverses et, (2) susceptibles de gestion autonome. La situation en fait peut correspondre à des choses relativement simples comme un bâtiment résidentiel, une place publique ou un centre commercial en sursol, avec un parking souterrain en sous-sol, ou à des situations avec des constructions et ouvrages multiples sur ou sous dalle commune »⁴⁶⁵. La généralité des termes employés, que ne parviennent pas à dissiper complètement de pourtant éloquentes travaux préparatoires, augure cependant de certaines difficultés d'application et suscitera vraisemblablement des interprétations divergentes. Le sujet est d'autant plus sensible qu'on institue par là une dissociation « perpétuelle »⁴⁶⁶ de la propriété du sol et du bâti, susceptible d'écarter la philosophie unitariste de ce droit fondamental⁴⁶⁷ (qu'on peut cependant relativiser aujourd'hui⁴⁶⁸) ; pour sa part, le Conseil d'État évoque un « gel » de la pro-

des contrats » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 2019, n° 55-0173/001, p. 317).

⁴⁵⁹ N° 71.

⁴⁶⁰ À la règle posée par l'art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁴⁶¹ Art. 3.180, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁶² Art. 3.169, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁶³ Art. 3.180, al. 2, 2°, du nouveau Code civil.

⁴⁶⁴ Art. 3.180, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁶⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 339.

⁴⁶⁶ Suivant le mot du législateur lui-même (art. 3.180, al. 2, du nouveau Code civil).

⁴⁶⁷ *Contra* : P.-P. RENSON, « La propriété immobilière », *Rép. not.*, t. II : *Les biens*, livre II², 2014, pp. 60 et 61, ainsi que N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, « La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes », in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Études réunies et présentées par A. WIJFFELS*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 333-358, spéc. p. 334.

⁴⁶⁸ Comme expliqué, force est en effet d'admettre que le cadre juridique officiellement donné à la propriété perpétuelle par volumes, conjugué aux appels à envisager le droit de propriété davantage

priété⁴⁶⁹. On attend en tous cas les premières balises judiciaires avec un vif intérêt.

Ensuite, l'interdiction de toute partie commune sert à éviter l'application des dispositions relatives à la copropriété forcée ; les parties n'auraient alors plus rien à dire, vu le caractère impératif qui coiffe celles-ci⁴⁷⁰. Cette absence de toute partie commune est-elle réaliste, toutefois, et ne s'avèrera-t-elle pas paralysante ? Comment, très concrètement, accèdera-t-on aux étages sans cage d'escalier (commune) ni ascenseur (commun) par exemple ? Cette absence « n'empêche pas », assurent les travaux préparatoires, « qu'existent une série d'équipements collectifs utilisés par les différents propriétaires superficiaires de volumes »⁴⁷¹. Mais qui sera propriétaire de ces équipements ? Les propriétaires des différents volumes ? Une personne morale⁴⁷² ? Ou faudra-t-il créer au profit de cette dernière un droit réel *sui generis* pour gérer ces équipements ? Peut-être n'est-il pas fortuit à cet égard que le législateur de 2020 ait institué une nouvelle servitude, par laquelle « le titulaire d'un droit réel d'usage d'un immeuble profite, en vertu de la loi, de toutes les servitudes nécessaires à l'exercice de son droit sur le fonds grevé dudit droit réel »⁴⁷³ ; cette servitude, néanmoins, supposera toujours un certain pouvoir décisionnel partagé, ce qui réintroduit une dimension collective⁴⁷⁴. En définitive, n'aurait-il pas été plus commode d'assouplir quelque peu, en présence spécifiquement d'une superficie perpétuelle par volumes, le régime de la copropriété forcée ? La rigidité de celui-ci peut se concevoir pour le bâti traditionnel (et ancien), mais on a affaire précisément ici à une réalité tout à fait inédite, dont on aurait peut-être dû pousser la consécration jusqu'au bout, conceptuellement.

Pour le surplus, rappelons que la loi française dite ALUR⁴⁷⁵ autorise depuis 2014 la « division en volumes d'un ensemble immobilier complexe » (ce dernier étant décrit comme « comportant soit plusieurs bâtiments distincts sur dalle, soit plusieurs entités homogènes affectées à des usages différents, pour autant que chacune de ces entités permette une gestion autonome »)⁴⁷⁶. Des points de convergence existent, on le voit, avec le nouveau Code civil belge.

comme un bouquet souple d'utilités (voy. *supra* n° 17) que sous l'angle de sa titularité formelle, lève certaines appréhensions et incline à revoir le postulat du remembrement obligé de ce droit.

⁴⁶⁹ Projet de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, 2018-2019, n° 54-3348/001, p. 509.

⁴⁷⁰ En vertu de l'art. 3.78, al. 3, du nouveau Code civil.

⁴⁷¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 339.

⁴⁷² Voy. par exemple en France l'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

⁴⁷³ Art. 3.116, al. 2, du nouveau Code civil.

⁴⁷⁴ Comme... dans une assemblée générale de copropriétaires en somme !

⁴⁷⁵ Art. 59 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, *J.O.R.F.* n° 0072 du 26 mars 2014.

⁴⁷⁶ Art. 28.IV de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, *J.O.R.F.* du 11 juillet 1965. Voy. sur le thème N. LE RUDOLIER, « Division en volumes. Nature et principes », *JurisClasseur Construction-Urbanisme*, fascicule 107-10, 1^{er} novembre 2016, n° 7.

73. Particulier, un droit de superficie perpétuel (de l'un ou l'autre de ces deux types) peut connaître une fin elle-même particulière : lorsqu'il « a perdu toute utilité, même future ou potentielle »⁴⁷⁷. On y reviendra⁴⁷⁸. Indépendamment de cette dernière issue (qui ne peut de toute façon pas advenir avant la centième année⁴⁷⁹), le droit de superficie dont l'affectation à la domanialité publique viendrait à disparaître⁴⁸⁰ devient non pas nul mais réduit au délai de nonante-neuf ans ; ce, « à compter, en principe, de la désaffectation ou de la disparition du complexe hétérogène de volumes » (pas, en amont, de la date de constitution)⁴⁸¹.

74. Pour clore ce point, relevons que l'instauration de la propriété perpétuelle par volumes (moyennant le respect des conditions précitées) répond à certaines critiques qui avaient accompagné la promulgation de la loi du 25 avril 2014⁴⁸². Cette dernière, pour rappel, avait autorisé que le droit de superficie s'établisse « sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui »⁴⁸³ et, partant, élargi le spectre des constituants (« tout titulaire d'un droit réel immobilier »⁴⁸⁴). Pour le reste, rien n'avait changé toutefois. Conséquence : les constructions édifiées sur des bâtiments n'étaient la propriété de leur constructeur que durant cinquante ans (au maximum). Dit autrement, la nouvelle législation enterrait pour certains l'idée d'une dissociation perpétuelle de la propriété par tranches horizontales ; les différentes « couches » de constructions ne pouvaient qu'être régies par le droit de superficie. Or, depuis un certain temps déjà, le secteur de l'immobilier plaide en faveur d'un droit de propriété plein et entier ; pour édifier des étages ou tunnels (sur le bâtiment d'autrui ou sous son fonds), ces acteurs étaient contraints de recourir au système de la copropriété (dite par appartements), source d'inconfort. Pas davantage ne veulent-ils se contenter d'un droit de propriété limité dans le temps (peu praticable il est vrai). Le législateur de 2014 a certes dissipé une insécurité juridique, mais en restant sourd aux demandes du terrain. On avait là pour des auteurs une véritable « occasion manquée »⁴⁸⁵, qui fait « amèrement déplorer » à d'autres l'évolution ainsi entérinée⁴⁸⁶.

⁴⁷⁷ Art. 3.187 du nouveau Code civil.

⁴⁷⁸ Nos 112 et s.

⁴⁷⁹ « En cas de droit de superficie perpétuel tel que visé à l'article 3.180, si le droit de superficie existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle » (art. 3.187 du nouveau Code civil, souligné par nous).

⁴⁸⁰ Même avant la fin de la 99^{ème} année.

⁴⁸¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 340.

⁴⁸² Voy. sur cette législation P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose : actualités législatives et jurisprudentielles », in P. LECOCQ (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 178 et s.

⁴⁸³ Art. 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014.

⁴⁸⁴ Art. 1^{er}, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, inséré par la loi du 25 avril 2014.

⁴⁸⁵ Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (seconde partie) », *J.T.*, 2015, p. 247.

⁴⁸⁶ G. CARNOY, « De la nouvelle loi sur la superficie à la théorie de la propriété en volumes », *Carnet de route en droit immobilier*, www.gillescarnoy.be, 21 août 2014. Voy. également P.-P. RENSON, « L'habitat

À cette aune, force est de constater que la loi du 4 février 2020, avec son hypothèse particulière de superficie perpétuelle (pour « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune »⁴⁸⁷), constitue une réponse stimulante et tranchée aux détracteurs d'alors, même si celle-ci est enserrée dans certaines conditions. Naturellement, il reste à s'assurer de la correcte mise en œuvre de cette disposition (dans les seuls cas autorisés) et à vérifier qu'elle n'aboutisse pas, par élargissements successifs, à la disparition même de l'idée d'une propriété pleine et unique.

§ 3. Prorogation et renouvellement

75. À propos de durée toujours, le législateur de 2020 civil consacre *expressis verbis* la possibilité de prorogation du droit de superficie, pourvu que les durées additionnées n'excèdent pas nonante-neuf ans⁴⁸⁸. Pour rappel, une règle identique caractérise le nouveau régime de l'emphytéose⁴⁸⁹.

76. *Quid* du renouvellement (qui, à l'inverse de la prorogation – dont le seul effet est d'étirer la durée du contrat existant –, constitue une *nouvelle* convention)? Il est, lui aussi, explicitement autorisé désormais (de l'accord exprès des parties), sans qu'une quelconque restriction de temps cumulé n'apparaisse ici⁴⁹⁰. Et faute d'un tel accord? La superficie qui va au-delà du terme échu sera considérée comme une « simple tolérance, sujette à révocation », préviennent les travaux préparatoires⁴⁹¹.

Est-on fondé à inférer de cette absence de restriction dans le temps que la faculté de renouvellement vaut *ad libitum*⁴⁹²? La chose n'est pas claire. D'un côté, les auteurs du texte précisent que le renouvellement ne peut se faire que « pour une durée maximale, en toutes hypothèses, de nonante-neuf ans »⁴⁹³. D'un autre, à propos cette fois de l'emphytéose, ils semblent exclure tout carcan temporel lorsque le principe du renouvellement ne figure pas déjà dans l'acte constitutif de départ⁴⁹⁴, comme on l'a vu⁴⁹⁵.

kangourou - un nouveau terrain de jeu pour la propriété des volumes?» in *Opening Doors*, Gent, Larcier, 2017, pp. 321-359, spéc. p. 353, n° 53.

⁴⁸⁷ Art. 3.180, al. 2, 2°, du nouveau Code civil.

⁴⁸⁸ Art. 3.180, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil.

⁴⁸⁹ Art. 3.169, al. 1^{er}, du nouveau Code civil. Voy. *supra* n° 15.

⁴⁹⁰ Art. 3.180, al. 1^{er}, troisième phrase, du nouveau Code civil.

⁴⁹¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 338.

⁴⁹² C'est-à-dire, un nombre illimité de fois, à discrétion.

⁴⁹³ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 338.

⁴⁹⁴ « Si les parties sont liées dès la conclusion du premier contrat, la majorité de la doctrine estime qu'il ne peut y avoir renouvellement que pour autant que le délai total maximal de nonante-neuf ans soit respecté » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 316, souligné par nous).

⁴⁹⁵ N° 16.

Le flou, au final, demeure malheureusement. Il est vrai cependant que la perspective de voir l'accession retrouver momentanément son empire entre deux contrats (conséquences fiscales à la clef⁴⁹⁶) risque de régler la question, en dissuadant les parties de multiplier les renouvellements. Il reste que le renouvellement peut aussi se faire de manière *anticipée*, suivant certains⁴⁹⁷, ce qui désamorcerait alors éventuellement le problème ; celui-ci ne serait toutefois pas complètement réglé selon nous car, dans son concept même, tout renouvellement – même s'il intervient avant la fin du droit – suppose au préalable la terminaison dudit droit⁴⁹⁸ (l'accession reprenant vigueur à ce moment-là, fût-ce pendant un court « instant de raison »⁴⁹⁹).

§ 4. La durée de la superficie-conséquence

77. Un dernier cas de figure reste à étudier : le droit de superficie qui n'a pas été voulu comme tel, mais qui est l'effet d'une autre convention (ou, plus largement, d'un autre droit d'usage – réel ou personnel). Autrement dit, quand l'acquisition d'une propriété dissociée temporaire n'était pas la *finalité* directement recherchée par les parties, mais la *conséquence* d'un droit principal (raison pour laquelle, d'ailleurs, cette formule a reçu officiellement le nom de « superficie-conséquence »⁵⁰⁰). Qu'on songe à l'emphytéose par exemple (dont la vocation tient d'abord dans l'usage et la jouissance d'un immeuble appartenant à autrui⁵⁰¹), à l'usufruit ou même au bail (si ces contrats confèrent au titulaire le pouvoir de construire sur le bien du nu-propriétaire ou du bailleur respectivement). Dans tous ces cas, il est fait échec à l'accession (temporairement), la propriété des biens érigés revenant non pas au maître de l'immeuble mais à l'emphytéote, à l'usufruitier ou au preneur, jusqu'à la fin de leur droit ; ou plutôt, l'accession produit ses effets de manière *différée*, c'est-à-dire à la fin seulement des droits concernés (emphytéose, usufruit, location, etc.)⁵⁰².

78. Qu'est-ce qui justifie cependant d'évoquer ce cas particulier à propos de la durée de la superficie ? Simplement, « lorsque le droit de superficie est la conséquence d'un droit principal, conformément à l'article 3.182, sa durée est

⁴⁹⁶ Voy. proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 338. Sur cette thématique générale, voy. notamment A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, *L'emphytéose et la superficie. Aspects fiscaux*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016.

⁴⁹⁷ S. SNAET et P. TRUYEN, « Art. 4 Opstalwet », *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2010, pp. 79 et s.

⁴⁹⁸ Rien de « nouveau » ne peut en effet se conclure si l'ancien contrat par exemple est toujours en cours.

⁴⁹⁹ Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (seconde partie) », *J.T.*, 2015, p. 250.

⁵⁰⁰ Art. 3.182 du nouveau Code civil. Voy. *infra* n° 85. Voy. aussi Cass., 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, I, p. 1483.

⁵⁰¹ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil. Voy. *supra* n°s 4 et 25.

⁵⁰² Voy. sur la question P. LECOQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2 : Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361 et s.

identique à la durée de ce droit principal»⁵⁰³. Concrètement, et par exception donc, la durée de ce droit de superficie constitué de manière atypique pourra excéder la limite maximale; il durera autant, en fait, que le droit dont il est l'accessoire (la vie de l'usufruitier, par exemple)⁵⁰⁴. La présente règle n'est que logique, vu l'ancillarité en quelque sorte de cette superficie-conséquence par rapport au droit principal; de manière générale, d'ailleurs, celle-ci quitte l'orbite des dispositions relatives au droit de superficie pour épouser celles qui ont trait à ce droit principal (en ce compris la durée)⁵⁰⁵.

Force est toutefois de constater, maintenant que la durée maximale de la superficie a quasi doublé (passant de cinquante à nonante-neuf ans⁵⁰⁶), que le cas de figure ne se rencontrera que très marginalement. Soulignons néanmoins que la servitude par exemple est perpétuelle⁵⁰⁷, en règle, ce qui fait que l'éventuel droit de superficie-conséquence en découlant sera lui aussi affranchi de toute limitation dans le temps⁵⁰⁸.

Sous-section 5

Modes spécifiques d'acquisition

§ 1. Mise en contexte

79. Le droit de superficie peut s'acquérir par l'un des modes généraux énumérés dans le droit commun du droit des biens⁵⁰⁹ (les « dispositions générales » du titre 1 du livre 3 du nouveau Code civil)⁵¹⁰. On ne s'y attardera pas⁵¹¹, sinon pour rappeler pour rappeler d'une part qu'il n'y a pas d'emphytéose légale

⁵⁰³ Art. 3.180, al. 3, du nouveau Code civil.

⁵⁰⁴ Voy. P. LECOQ, « Superficie et emphytéose: aspects civils », *Guide juridique de l'entreprise - Traité théorique et pratique*, titre III, livre 34, Diegem, Kluwer, 2007, pp. 17 et s.

⁵⁰⁵ « Dans ce cas [de superficie-conséquence], le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle » (art. 3.182, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

⁵⁰⁶ Art. 3.180, al. 1^{er}, du nouveau Code civil. Précédemment, voy. l'art. 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁵⁰⁷ C'est-à-dire qu'elle se poursuit tant que le besoin immobilier ayant présidé à sa création perdure.

⁵⁰⁸ Cass., 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1485: « Il ressort des articles 696 et 697 du Code civil qu'un droit de superficie accessoire grève le fonds servant dans la mesure où cela s'avère nécessaire pour user et conserver la servitude établie et même si ce droit de superficie n'est pas expressément prévu dans un acte de constitution. Ce droit de superficie accessoire n'est pas lié par la durée maximale de cinquante ans telle que prévue par l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie mais, en tant qu'accessoire de la servitude, ne disparaît que lorsque la servitude elle-même disparaît ».

⁵⁰⁹ « Les droits réels peuvent s'acquérir, de manière dérivée, par transmission universelle, à titre universel ou à titre particulier, entre vifs ou pour cause de mort, à titre gratuit ou à titre onéreux, ainsi que par les modes originaires d'acquisition prévus dans le présent Livre » (art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

⁵¹⁰ Tel est, du reste, le sens de ce droit commun: former un socle transversal de règles s'appliquant (sauf dérogation) à l'ensemble des droits réels, sans qu'il soit besoin de les répéter pour chacun d'entre eux.

⁵¹¹ Voy. P. LECOQ et R. POPA, « Dispositions générales », in P. LECOQ et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 33 et s.

(contrairement à l'usufruit par exemple⁵¹²) et, de l'autre, que le contrat constitutif de superficie doit, portant sur un volume intimement associé au « fonds d'autrui »⁵¹³, être transcrit si on entend l'opposer aux tiers⁵¹⁴.

Au sein cette fois du titre (8) dédié au droit de superficie, le nouveau Code civil ajoute deux modes « spécifiques » d'acquisition⁵¹⁵ : la prescription acquisitive⁵¹⁶ et la superficie-conséquence⁵¹⁷. L'insertion de la première peut surprendre : la prescription acquisitive ne fait-elle pas partie des « modes originaires d'acquisition » mentionnés par le droit commun précisément⁵¹⁸ ? Pourquoi cette redondance ici ? À bien y regarder, toutefois, l'article de loi en question institue moins un nouveau mode d'acquisition (déjà énoncé plus haut) qu'il n'en règle une modalité essentielle : la durée de la superficie acquise par usucapion, laquelle n'est pas réglée par le droit commun.

80. Relevons encore, avant d'entamer l'étude de ces modes spécifiques d'acquisition, qu'on considère généralement que la concession de sépulture⁵¹⁹ emporte au profit du bénéficiaire un droit de superficie sur les monuments funéraires qui y seraient érigés⁵²⁰. Ce, malgré que ces ouvrages reposent sur un terrain appartenant au domaine public ; il est vrai que, dans le cas présent, accueillir de telles constructions relève pleinement de la destination de ces parcelles⁵²¹. Et, de manière générale, la loi elle-même peut être à l'origine de droits de superficie⁵²² (au profit notamment des gestionnaires d'aéroports⁵²³).

⁵¹² Art. 745bis de l'ancien Code civil (toujours d'application).

⁵¹³ Art. 3.177 du nouveau Code civil. Voy. *supra* n° 52.

⁵¹⁴ Art. 3.30, § 1^{er}, 1^o, du nouveau Code civil (et, précédemment, art. 1er, al. 1er, de la loi hypothécaire et art. 3 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie). Voy. cependant, pour les rapports avec le fisc spécifiquement (et à propos d'un droit de superficie obtenu par renonciation au droit d'accession), Bruxelles, 3 novembre 2011, *J.D.F.*, 2012, p. 45, note J. NEMERY DE BELLEVAUX (un acte authentique suffit, ou encore un acte sous seing privé doté d'une date certaine).

⁵¹⁵ Voy. l'intitulé du sous-titre 2 dudit titre 8.

⁵¹⁶ Art. 3.181 du nouveau Code civil.

⁵¹⁷ Art. 3.182 du nouveau Code civil.

⁵¹⁸ Art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁵¹⁹ Art. 8 et s. de l'ordonnance du 29 novembre 2018 sur les funérailles et sépultures, *M.B.*, 27 décembre 2018 et art. 1232-6 et s. du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (précédemment, articles 6 et s. de la loi du 20 juillet 1971 sur les funérailles et sépultures, *M.B.*, 3 août 1971).

⁵²⁰ Liège, 31 mars 2006, *R.G.A.R.*, 2007, n° 14315.

⁵²¹ Voy. sur le thème P. LECOQ, « Superficie et emphytéose », *Chroniques notariales*, n° 48, octobre 2008, p. 122.

⁵²² Voy. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 424.

⁵²³ Voy. l'arrêté royal du 8 novembre 1998 autorisant l'État à constituer des droits de superficie au profit de Belgocontrol et de la société anonyme de droit public « Brussels International Airport Company » sur le site de l'aéroport de Bruxelles-National, *M.B.*, 17 novembre 1998.

§ 2. Prescription acquisitive

A. De l'usucapion en général

81. À l'instar des autres droits réels, le droit de superficie peut donc être acquis par prescription⁵²⁴. Exemple : la constitution d'un droit de superficie sur un terrain dont le prétendu tréfoncier n'est *pas* le propriétaire. S'agissant d'un immeuble⁵²⁵, le délai d'usucapion s'élèvera à dix ans⁵²⁶. Et, par exception (malgré donc qu'elle porte sur un bien immobilier), la superficie obtenue par usucapion ne se transcrit pas⁵²⁷ – sauf, naturellement, si l'on a affaire spécifiquement à l'acte qui constate cette prescription acquisitive⁵²⁸ (comme la « décision de justice »⁵²⁹).

82. Ne convient-il cependant pas d'envisager aussi la prescription trentenaire (en cas de mauvaise foi)? Cette hypothèse est douteuse. Puisqu'il est de mauvaise foi, le possesseur sera tenté en effet de se comporter comme le *verus dominus*. Et, au terme des trente ans, il pourra revendiquer non seulement le droit de superficie, mais, plus fondamentalement, le droit de propriété. Pourquoi, alors, se contenter d'un simple droit réel *d'usage*⁵³⁰ ?

B. La durée du droit de superficie acquis par usucapion

83. Mais la question qui nous occupe ici est la suivante : quelle durée octroyer au droit de superficie acquis par usucapion⁵³¹ ? Le délai maximal (nonante-neuf ans) ? Un délai plus court ? Non réglée par la loi de 1824, l'interrogation trouve réponse aujourd'hui : ce droit de superficie « est censé établi pour nonante-neuf ans, à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure »⁵³², énonce le nouveau Code civil (dans une parfaite gémellité avec la disposition sœur⁵³³ relative à l'emphytéose⁵³⁴).

⁵²⁴ Voy. la mention des « modes originaires d'acquisition » par l'art. 3.14, § 1^{er}, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁵²⁵ Voy. *supra* n° 52.

⁵²⁶ Art. 3.27, al.1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁵²⁷ Pas davantage que les autres droits réels ayant fait l'objet d'une usucapion.

⁵²⁸ Par l'application combinée des art. 3.30, § 1^{er}, 3^o, et 3.26, al. 2, du nouveau Code civil.

⁵²⁹ Art. 3.26, al. 2, du nouveau Code civil.

⁵³⁰ Voy. M. HANOTIAU, *Droits réels*, syllabus, Presses universitaires de Bruxelles, 1979-1980, pp. 172 et 173.

⁵³¹ On ne peut toutefois que répéter ici, en les adaptant au droit de superficie, les doutes émis plus haut à propos de l'emphytéose (n° 20) sur l'hypothèse même d'une acquisition par usucapion d'un tel droit.

⁵³² Art. 3.181, première phrase, du nouveau Code civil.

⁵³³ Art. 3.170 du nouveau Code civil.

⁵³⁴ Ce qui justifie à son tour la duplication ici des propos développés plus haut à l'endroit de l'emphytéose.

La durée maximale : tel est donc le souhait que le législateur prête au nouveau titulaire du droit⁵³⁵. Il entérine ce faisant l'opinion dominante⁵³⁶. Encore faut-il cependant qu'un acte juridique (resté en défaut de produire les effets voulus) ne forge pas cette possession⁵³⁷ car, en présence d'un tel acte, on retiendra plutôt la durée inscrite au sein de celui-ci, fatalement⁵³⁸ ; pourquoi en effet donner aux parties *davantage* que ce qu'elles avaient prévu elles-mêmes ?

84. Est-ce à dire que le nouveau titulaire du droit peut encore jouir du bien, une fois l'usucapion achevée, pour nonante-neuf *nouvelles* années ? Aucunement. « La durée du droit se compte à partir de l'entrée en possession utile », et non à partir de l'expiration du délai d'usucapion, précise le texte⁵³⁹. Les nonante-neuf années en question prendront donc cours *rétroactivement* (en même temps en fait que le début de l'usucapion⁵⁴⁰). Ici aussi, la continuité est de mise avec la pratique majoritaire.

En tout état de cause, le législateur de 2020 avait déjà édicté le principe général (au sein du droit commun) suivant lequel « la prescription acquisitive produit ses effets à compter du jour où la possession utile a commencé »⁵⁴¹. Il est vrai que décider autrement reviendrait à tromper la croyance et les attentes légitimes des tiers⁵⁴².

§ 2. Superficie-conséquence

85. On l'a dit⁵⁴³, il est des droits de superficie qui n'ont pas été voulus comme tels, mais qui sont l'effet d'une autre convention (ou, plus largement, d'un autre droit d'usage – réel ou personnel) ; en d'autres termes, quand l'acquisition d'une propriété dissociée temporaire n'était pas la *finalité* directement recher-

⁵³⁵ On ne saurait exclure cependant que le possesseur se comporte comme si la superficie était d'une durée moindre, auquel cas il faudrait préférer cette dernière ; l'hypothèse n'a rien d'impossible dans la mesure où le droit de superficie acquis par usucapion est juste « censé » être établi pour nonante-neuf ans (art. 3.181 du nouveau Code civil). Voy. V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

⁵³⁶ Voy. notamment J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 1249 et 1250.

⁵³⁷ Le caractère « originaire de ce mode d'acquisition qu'est la prescription n'est pas exclusif en effet de la présence d'un tel acte juridique ; précisément, l'usucapion a pour mission de suppléer l'acte impuissant à produire le résultat escompté.

⁵³⁸ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 342.

⁵³⁹ Ou encore, ajoute-t-il, à un moment ultérieur déterminé par l'acte juridique (art. 3.181, seconde phrase, du nouveau Code civil).

⁵⁴⁰ Notons toutefois que l'éventuel acte juridique peut avoir indiqué un « moment postérieur » à l'entrée en possession, lequel constituera alors le point de départ de l'emphytéose acquise par usucapion (art. 3.170, *in fine*, du nouveau Code civil).

⁵⁴¹ Art. 3.26, al. 3, du nouveau Code civil.

⁵⁴² Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 318.

⁵⁴³ N° 77.

chée par les parties, mais la *conséquence* d'un droit principal. Qu'on songe à l'emphytéose (dont la vocation réside d'abord dans l'usage et la jouissance d'un immeuble appartenant à autrui⁵⁴⁴), par exemple, ou encore à l'usufruit ou même au bail (si ces contrats confèrent au titulaire le pouvoir de construire sur le bien du nu-propriétaire ou du bailleur respectivement). Dans tous ces cas, il est fait échec à l'accession, la propriété des biens érigés revenant non pas au maître de l'immeuble mais à l'emphytéote à l'usufruitier ou au preneur, le temps de leur droit ; ou plutôt l'accession produit ses effets de manière *différée*, c'est-à-dire à la fin seulement des droits concernés (emphytéose, usufruit, location, etc.)⁵⁴⁵.

Cette réalité⁵⁴⁶, appelée alors « superficie accessoire » (par la Cour de cassation)⁵⁴⁷, a été officiellement reconnue par le nouveau Code civil, sous le nom de « superficie-conséquence » précisément (« Le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations »⁵⁴⁸). Cette consécration est censée apporter « plus de sécurité et d'efficacité, notamment dans les partenariats publics-privés au sens large »⁵⁴⁹.

86. De l'évocation, sans restriction, d'un « droit d'usage »⁵⁵⁰ (dont la superficie serait la conséquence), il suit que la superficie-conséquence n'est nullement limitée à l'emphytéose (terrain d'expression paradigmatique de la théorie⁵⁵¹) ni à l'usufruit (dont la réglementation prévoirait *expressis verbis* la possibilité de construire⁵⁵²). Ce type de superficie peut découler de n'importe quel droit d'usage, réel *comme personnel* (le locataire qui aurait reçu le droit d'apporter des améliorations au bien du bailleur, entre autres illustrations)⁵⁵³.

Large, le champ d'application de la superficie-conséquence se rétrécit cependant par l'évocation de « l'immeuble » sur lequel doit obligatoirement porter le

⁵⁴⁴ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil. Voy. *supra* nos 4 et 25.

⁵⁴⁵ Voy. sur le sujet P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens. Tome 2 : Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361 et s.

⁵⁴⁶ Formalisée pour la première fois par J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, t. I, pp. 434 et s., ainsi que t. II, pp. 733 et s. (sans oublier pp. 1248 et 1249).

⁵⁴⁷ Cass., 12 juin 2014, *Pas.*, 2014, p. 1483 (au départ d'une servitude).

⁵⁴⁸ Art. 3.182, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil. Voy. également n° 77.

⁵⁴⁹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 343.

⁵⁵⁰ « Le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations » (art. 3.182, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil).

⁵⁵¹ En ce sens que toute construction réalisée ou acquise par l'emphytéote en relève automatiquement ; voy. l'art. 3.171 du nouveau Code civil.

⁵⁵² Art. 3.142 al. 2, du nouveau Code civil.

⁵⁵³ Notons toutefois qu'une des moutures précédentes de cet article mentionnait de manière plus restreinte le « droit réel d'usage » (souligné par nous).

droit d'usage⁵⁵⁴. Le but, ici aussi, est de « maintenir la sécurité juridique » (attendu qu'« un contrat de mariage ne peut pas faire naître une superficieu-conséquence »)⁵⁵⁵.

87. Définir ne suffit cependant pas ; encore faut-il au législateur attacher un régime juridique à ce concept qu'il a créé (ou ratifié). Dont acte : « Dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle »⁵⁵⁶. Dans l'hypothèse par exemple d'une superficieu-conséquence issue d'un droit d'usufruit, les règles afférentes à la gestion des ouvrages érigés par l'intéressé seront non pas celles du droit de superficie, qui confèrent au superficiaire le droit d'exercer sur son volume « toutes les prérogatives de propriétaire »⁵⁵⁷ (jusqu'à la démolition des constructions), mais celles de l'*usufruit* ; or, ces dernières commandent à l'usufruitier d'user « de manière prudente et raisonnable » du bien, « conformément à [s]a destination » et avec le devoir de « restituer » celui-ci à la fin du droit⁵⁵⁸ – tous éléments de droit impératif⁵⁵⁹.

88. Cette règle est logique, vu l'ancillarité en quelque sorte de la superficieu-conséquence par rapport au droit matriciel. Elle s'était déjà exprimée, du reste, à propos spécifiquement de la durée d'une telle superficie⁵⁶⁰ (« lorsque le droit de superficie est la conséquence d'un droit principal, conformément à l'*article 3.182*, sa durée est identique à la durée de ce droit principal »⁵⁶¹).

89. Une autre implication pratique dérive du concept : « Le droit de superficieu-conséquence et la propriété des ouvrages et plantations en découlant ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont ils découlent »⁵⁶². L'intime accessoriété de l'un vis-à-vis de l'autre empêche des aliénations séparées.

Du reste, ce principe est aussi énoncé à propos des « droits sur le droit »⁵⁶³ reconnus tant à l'emphytéote (lequel « ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire en vertu d'une superficieu-conséquence telle que visée à l'*article 3.182* qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit d'emphytéose dont il est titulaire »⁵⁶⁴) qu'à

⁵⁵⁴ « Le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations » (art. 3.182, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil). Voy. également n° 52.

⁵⁵⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 343.

⁵⁵⁶ Art. 3.182, al. 1^{er}, seconde phrase, du nouveau Code civil.

⁵⁵⁷ Art. 3.184 du nouveau Code civil.

⁵⁵⁸ Art. 3.138, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁵⁵⁹ Puisqu'ils figurent dans la définition même de l'usufruit. Voy. l'art. 3.1 du nouveau Code civil.

⁵⁶⁰ Voy. *supra* n° 78.

⁵⁶¹ Art. 3.180, al. 3, du nouveau Code civil.

⁵⁶² Art. 3.182, al. 2, du nouveau Code civil.

⁵⁶³ Intitulé (commun) des art. 3.171 et 3.142 du nouveau Code civil.

⁵⁶⁴ Art. 3.171, seconde phrase, du nouveau Code civil.

l'usufruitier (qui « ne peut aliéner les immeubles dont il est propriétaire en vertu d'une superficie-conséquence telle que visée à l'article 3.182 qu'en aliénant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit d'usufruit dont il est titulaire »⁵⁶⁵).

Sous-section 6

Droits et obligations des parties

§ 1. Droits

A. Droits sur le droit

90. Sur ce point, le nouveau Code civil fait montre d'une certaine fidélité par rapport à la loi de 1824⁵⁶⁶, puisque « [l]e superficiaire peut céder et hypothéquer son droit de superficie »⁵⁶⁷. Du reste, une telle éventualité est déjà admise par la loi hypothécaire, pourvu que le bien soit dans la commerce (pendant la durée du droit de superficie)⁵⁶⁸.

91. Non content de pouvoir hypothéquer ou vendre son droit, le superficiaire est libre d'hypothéquer ou vendre le *bâtiment* par exemple qu'il aurait érigé au sein du volume (ou qui préexisterait⁵⁶⁹), pour la raison simple qu'il en est propriétaire⁵⁷⁰. Et, pour cette même raison (mais inversée), le superficiaire n'est *pas* autorisé à hypothéquer le *terrain*, qui continue d'appartenir au tréfoncier⁵⁷¹. Qu'advient-il de l'hypothèque (sur le bâtiment) le jour où le droit de superficie prend fin ? Elle s'éteint elle aussi, le droit du créancier hypothécaire se reportant alors (par le jeu de la subrogation réelle) sur l'indemnité reçue par le superficiaire pour les constructions⁵⁷².

92. Il se fait cependant que, même si l'acquisition de la propriété sur ces volumes représente l'essence du droit de superficie⁵⁷³ (bien plus que pour l'emphytéose par exemple, dont la vocation tient plutôt dans l'usage et la jouissance de l'immeuble appartenant à autrui⁵⁷⁴), la propriété du superficiaire « n'est qu'une conséquence de son droit réel démembré de superficie », observent les

⁵⁶⁵ Art. 3.142, al. 2, du nouveau Code civil.

⁵⁶⁶ « Celui qui a le droit de superficie peut l'aliéner et l'hypothéquer.

Il peut grever de servitudes les biens qui font l'objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement » (art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

⁵⁶⁷ Art. 3.183, *in limine*, du nouveau Code civil.

⁵⁶⁸ Art. 45, al. 1^{er}, 2^o, de la loi hypothécaire.

⁵⁶⁹ Art. 3.179 du nouveau Code civil. *Voy. supra* nos 64 et s.

⁵⁷⁰ *Voy. les art.* 3.177 et 3.184 du nouveau Code civil.

⁵⁷¹ Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 937.

⁵⁷² Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 939.

⁵⁷³ Comme le renseigne la formule « aux fins » de l'art. 3.177 du nouveau Code civil. *Voy. supra* nos 49 et 50.

⁵⁷⁴ Art. 3.167, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

penseurs de la réforme⁵⁷⁵. En somme, même dans le droit de superficie *in se* (contrat conclu en fonction de ce but-là expressément), l'attribution de propriété se ferait en vertu de la théorie de la superficie-conséquence. Peut-être parce que, lorsqu'il s'agit d'un terrain nu, le bâtiment sur lequel le superficiaire aura la pleine propriété n'est pas encore construit au jour de la constitution du droit; l'édifice sera la conséquence en quelque sorte du bon exercice du droit de superficie.

Une conclusion, quoi qu'il en soit, découle de cette indissociabilité : vendre ou hypothéquer l'immeuble en question *séparément*, c'est-à-dire **sans le droit de droit de superficie matriciel**, n'a pas de sens. Le superficiaire n'est admis à le faire *qu'* ce droit. C'est ce qu'exprime le nouveau Code civil : « il ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit de superficie dont il est titulaire »⁵⁷⁶. On est en présence d'une claire exception à la perpétuité du droit de propriété (puisque la propriété de l'immeuble vendu quittera l'acheteur à l'expiration de la superficie pour revenir au constituant dudit droit), mais elle est acceptée parce qu'il y a là un « droit sous-jacent »⁵⁷⁷ – à savoir la superficie.

B. Droits sur les volumes

1. Actes matériels

93. La loi de 1824 demeurait peu claire sur les pouvoirs exacts du superficiaire en cours de droit. Tout juste interdisait-elle au tréfoncier d'empêcher celui-ci de « démolir les bâtiments et autres ouvrages »⁵⁷⁸; la question était abordée de manière négative, en quelque sorte. On inférait traditionnellement de cette possibilité d'*abusus* (matériel) que le titulaire du droit de superficie pouvait se comporter comme le maître (temporaire) de ces biens – ce qu'il était au demeurant. Seule contrainte du superficiaire : restituer à la fin du droit le fonds « dans l'état où il se trouvait avant la construction »⁵⁷⁹.

94. À cette aune, le nouveau Code civil apporte une incontestable clarification : « Pendant la durée de son droit, le superficiaire exerce sur son volume toutes les prérogatives de propriétaire, dans les limites des droits du constituant du droit de superficie et sans porter atteinte aux autres droits existant sur le

⁵⁷⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 344.

⁵⁷⁶ Art. 3.183 du nouveau Code civil.

⁵⁷⁷ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 344.

⁵⁷⁸ Art. 5 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁵⁷⁹ Voy. la finale de l'art. 5 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

fonds»⁵⁸⁰. Puisque le superficiaire est, indubitablement et par essence⁵⁸¹, le propriétaire des volumes, il n'est que normal de le voir mobiliser, s'il le souhaite, *usus, fructus et abusus* (« toutes les prérogatives de propriétaire »⁵⁸²).

95. Un garde-fou important est cependant posé : « dans les limites des droits du constituant du droit de superficie »⁵⁸³. L'expression renvoie à la possibilité qu'a reçue en 2020 « tout titulaire d'un droit réel d'usage » de constituer une superficie (« dans les limites de son droit »)⁵⁸⁴. Maintenant que le constituant n'est plus nécessairement le *verus dominus* des volumes donnés en superficie, son cocontractant ne peut déployer ses prérogatives qu'à l'intérieur du cadre dudit constituant, sauf à compromettre la règle *Nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Par exemple, celui qui tient son droit de superficie d'un usufruitier doit garder à l'esprit que l'usage du bien doit se faire dans le respect de sa « destination »⁵⁸⁵ et que l'usufruitier est censé rendre celui-ci à la fin de l'usufruit « dans le même état » que celui de départ (fors l'usure normale, la vétusté ou la force majeure)⁵⁸⁶. Au-delà de la limite temporelle (le droit de superficie prenant fin automatiquement à l'expiration de l'usufruit), le pouvoir de disposition traditionnel du superficiaire s'en trouvera fatalement affecté.

Quid cependant de l'interdiction nouvelle faite au superficiaire de « porter atteinte aux autres droits existant sur le fonds »⁵⁸⁷ ? Au-delà de ce qui vient d'être dit (sur le nécessaire respect des limites du droit du constituant), recouvre-t-elle l'obligation ancienne du superficiaire de remettre le fonds « dans l'état où il se trouvait avant la construction ou la plantation » et, corrélativement, de ne pas le dégrader⁵⁸⁸ ? Ou alors cette locution renvoie-t-elle plutôt aux « autres droits d'usage existant sur le fonds » qui requièrent du superficiaire comme du constituant qu'ils accomplissent les réparations d'entretien et les grosses réparations (chacun « relativement à sa propriété »)⁵⁸⁹ ? Le silence des travaux préparatoires nous réduit malheureusement à des conjectures.

96. En sus de ce garde-fou (sur les limites du droit du constituant), une authentique exception est aménagée par le législateur de 2020. Si le superficiaire jouit en général d'un pouvoir de disposition (matériel notamment) sur la construction par lui érigée (ou déjà existante), qui peut aller jusqu'à la suppression de celle-ci, cette prérogative tombe en cas de *commande* ; ainsi, l'intéressé

⁵⁸⁰ Art. 3.184, première phrase, du nouveau Code civil.

⁵⁸¹ « Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations » (art. 3.177 du nouveau Code civil).

⁵⁸² Art. 3.177 du nouveau Code civil, souligné par nous.

⁵⁸³ Art. 3.184, première phrase, du nouveau Code civil.

⁵⁸⁴ Art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁵⁸⁵ Art. 3.138, al. 1^{er}, et 3.143, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁵⁸⁶ Art. 3.158, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁵⁸⁷ Art. 3.184, première phrase, *in fine*, du nouveau Code civil.

⁵⁸⁸ Art. 5, *in fine*, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁵⁸⁹ Art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil. Voy. *infra* n° 102.

«ne peut détruire les ouvrages et plantations qu'il était tenu de réaliser»⁵⁹⁰. C'est, du reste, une solution identique qui est appliquée à l'emphytéote (placé dans une situation similaire)⁵⁹¹. En même temps donc que le nouveau Code civil abolit toute distinction entre les ouvrages préexistants ou non⁵⁹², il en introduit une, ignorée en 1824, entre les constructions réalisées librement et celles qui sont le fruit d'une obligation conventionnelle.

Pour le surplus, on peut comprendre en creux de cette disposition que le superficiaire est parfaitement autorisé, en propriétaire qu'il est, à démolir ce qu'il aurait érigé. Signalons toutefois que ce droit au démantèlement disparaît également, même en cas d'ouvrages spontanés pour ainsi dire, si son titulaire prétend l'exercer *après* l'expiration du droit.

2. Actes juridiques

97. À côté de ces actes matériels (posés sur le volume), le superficiaire est libre aussi d'accomplir des actes *juridiques*. Il peut par exemple proposer les constructions à la location (pour la durée restant à courir) ; jugé toutefois que le maître du sol reste le seul habilité à mettre un terme à un contrat de bail à ferme portant sur le bien soumis à droit de superficie, conclu *avant* l'établissement de ce dernier⁵⁹³. Il est également loisible au superficiaire, comme on l'a vu⁵⁹⁴, de concéder un droit d'usage non plus personnel mais réel : usufruit, emphytéose (si la superficie court encore pour quinze ans au moins⁵⁹⁵) ou même un droit de superficie (second)⁵⁹⁶. Tous ces droits (seconds) lient cependant leur sort à celui de la superficie primitive ; ils s'arrêtent quand celle-ci vient à échéance.

98. La loi de 1824 autorisait le superficiaire à « grever de servitudes les biens qui font l'objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement »⁵⁹⁷. Dès lors cependant que le superficiaire était de toute façon devenu propriétaire des ouvrages, on ne décelait pas de suite la valeur ajoutée de cette disposition (« qui peut le plus, peut le moins », en quelque sorte⁵⁹⁸)... sauf à considérer que c'est *sur le terrain* lui-même qu'il était ainsi admis à constituer une servitude (alors même que cette parcelle ne lui appartient nullement)⁵⁹⁹. À l'appui de cette thèse, on notait que la législation de l'époque hollandaise sur l'emphy-

⁵⁹⁰ Art. 3.184, seconde phrase, du nouveau Code civil.

⁵⁹¹ Art. 3.172, al. 3, *in fine*, du nouveau Code civil.

⁵⁹² Voy. *supra* n° 65.

⁵⁹³ J.P. Roulers 29 juin 2006, *Rev. dr. rur.*, 2007, p. 163.

⁵⁹⁴ Voy. *supra* n°s 60 et 94.

⁵⁹⁵ Durée minimale du droit d'emphytéose en effet (art. 3.169, al. 1^{er}, du nouveau Code civil).

⁵⁹⁶ Voy. l'art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁵⁹⁷ Art. 2, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁵⁹⁸ Par définition, le *verus dominus* dispose du droit de constituer une servitude sur son bien. Art. 3.184, première phrase, du nouveau Code civil.

⁵⁹⁹ Voy. P. LECOCQ, « Superficie et emphytéose », *Chroniques notariales*, n° 48, octobre 2008, p. 130.

téose conférerait au titulaire la faculté de « grever *le fonds emphytéotique* de servitudes pour la durée de sa jouissance »⁶⁰⁰. Force est cependant de constater que des dispositions spécifiques de ce type n'existent pas dans le texte de 2020, lequel désigne en effet le « volume » comme champ d'action des prérogatives du superficiaire⁶⁰¹.

§ 2. Obligations

A. Charges et impositions

99. Sur la question des charges et impositions (comme sur d'autres⁶⁰²), le nouveau Code civil comble une lacune du texte précédent. Qu'a-t-il décidé? Attribue-t-il l'ensemble des charges fiscales à l'un ou l'autre des cocontractants? Ou a-t-il résolu plutôt de *distribuer* celles-ci entre eux – et, dans l'affirmative, quel critère de répartition *est-il adopté*? « Pendant la durée de son droit, le superficiaire est tenu de toutes les charges et impositions relatives aux volumes, ouvrages et plantations dont il est propriétaire »⁶⁰³. Et *quid* de l'autre partie? « Le constituant du droit de superficie, le tréfoncier ou leurs ayants droit supportent ces charges et impositions pour ce dont ils sont propriétaires »⁶⁰⁴.

On le voit, l'option de la ventilation des charges a été retenue, avec pour critère l'appartenance du bien à l'un ou l'autre des signataires; à cet égard, rappelons que le droit de superficie emporte attribution automatique de propriété sur les volumes au superficiaire⁶⁰⁵, même sans paiement spécifique pour les éventuels bâtiments préexistants⁶⁰⁶. Certes, c'est un paramètre lié plutôt à l'intensité de la charge ou à la périodicité de son paiement qui a été sélectionné pour l'usufruit par exemple (l'usufruitier supportant les charges « périodiques » afférentes au bien grevé⁶⁰⁷, et le nu-proprétaire celles qui sont « extraordinaires » – mêmes si périodiques⁶⁰⁸), ce qui traduit un certain manque de cohérence; toutefois, sur les éventuels ouvrages réalisés par l'usufruitier, ce dernier acquittera alors *l'ensemble* des charges, sans doute parce qu'il est devenu le *verus dominus* de ces constructions (par l'application de la théorie de la superficie-conséquence)⁶⁰⁹.

⁶⁰⁰ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose, souligné par nous.

⁶⁰¹ Voy. *supra* n° 51.

⁶⁰² Dont le sort en fin de droit des ouvrages réalisés sur commande (art. 3.184, seconde phrase, du nouveau Code civil), ou, en dehors de la matière de la superficie, les grosses réparations à charge de l'emphytéote (art. 3.172, al. 2, du nouveau Code civil) ou encore l'usufruit sur des universalités (art. 3.165 du nouveau Code civil), entre autres nombreuses illustrations.

⁶⁰³ Art. 3.185, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁶⁰⁴ Art. 3.185, al. 1^{er}, seconde phrase, du nouveau Code civil.

⁶⁰⁵ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

⁶⁰⁶ Voy. *supra* n°s 64 et s.

⁶⁰⁷ Art. 3.156, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁰⁸ Art. 3.156, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁰⁹ Voy. *supra* n° 85.

100. Il n'est pas sûr néanmoins que le critère de la qualité de propriétaire résolve toutes les questions. Prenons un seul exemple : le précompte immobilier. Est-il possible de scinder cet impôt, du point de vue de son assiette, entre le bâtiment (propriété du superficiaire) et le terrain (qui reste dans les mains du constituant du droit de superficie)⁶¹⁰ ? Et, si le fonds est nu, est-ce à dire qu'aucune charge fiscale ne pèse alors sur le superficiaire ? Ou, plus exactement, comment calculer un précompte sur un volume non bâti ? Au final, ce critère semble avoir moins sa place ici que pour la détermination des réparations (où il prospère aussi)⁶¹¹.

En tout état de cause, il reste à articuler cette solution (tirée du livre 3 sur le droit des biens) avec les textes spécifiquement fiscaux. Or, qu'ils soient fédérés⁶¹² ou fédérés⁶¹³, ceux-ci continuent à faire du superficiaire le redevable *exclusif* du précompte.

B. Réparations

1. Réparations d'entretien et grosses réparations

101. Relativement peu tenu auparavant⁶¹⁴, le superficiaire est désormais contraint de « réaliser, relativement à sa propriété, les réparations d'entretien et les grosses réparations au sens des *articles 3.153 et 3.154* dont il est tenu légalement ou contractuellement »⁶¹⁵. Une charge identique pèse sur le constituant⁶¹⁶ (lui aussi, « relativement à sa propriété »⁶¹⁷). Cette tâche nouvelle est tout sauf anodine pour le superficiaire, puisqu'à la fois le voilà commis à des réparations et que celles-ci sont passablement étendues (les réparations d'entretien comme les grosses).

Qu'est-ce qui justifie cette sévérité ? Tout simplement la circonstance que lorsque le constituant du droit de superficie n'est pas le tréfoncier⁶¹⁸, il est lui-

⁶¹⁰ Voy. de manière générale sur cette question A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, *L'emphytéose et la superficie. Aspects fiscaux*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016.

⁶¹¹ Art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶¹² Art. 251 du Code des impôts sur les revenus

⁶¹³ Art. 2.1.2.0.1 du Code flamand de la fiscalité. Voy. également la déclinaison bruxelloise de l'art. 251 du Code des impôts sur les revenus.

⁶¹⁴ Vis-à-vis des constructions, tout d'abord, il faisait ce qu'il voulait (démolition comprise), puisqu'il en était le propriétaire – pourvu qu'il les ait élevées lui-même ou en ait payé la valeur (art. 5 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie). Et, à l'égard du fonds, il devait juste le remettre à la fin du droit dans l'état initial (art. 5, *in fine*, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

⁶¹⁵ Art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶¹⁶ « Chacun doit réaliser, relativement à sa propriété, [...] » (art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil, souligné par nous). Ce « chacun » renvoie à l'alinéa qui précède directement (afférent aux charges et impositions), lequel désigne non seulement le superficiaire mais aussi « le constituant du droit de superficie, le tréfoncier ou leurs ayants droit ».

⁶¹⁷ Art. 3.185, al. 2, *in limine*, du nouveau Code civil.

⁶¹⁸ Par application de l'art. 3.178 du nouveau Code civil.

même porteur généralement d'une obligation de réparation vis-à-vis du maître du bâtiment ou du sol (on a là des droits réels dits en cascade) ; l'usufruitier par exemple n'est-il pas obligé d'engager aussi bien les réparations « d'entretien »⁶¹⁹ que les « grosses » réparations (afférentes aux ouvrages par lui élevés)⁶²⁰ ? Du reste, c'est expressément « dans les limites de son droit » que le titulaire du droit réel d'usage est admis à constituer un droit de superficie⁶²¹, ce qui détermine déjà l'action du superficiaire.

102. Il serait abusif pour autant de dire que, dorénavant, le superficiaire est astreint *systématiquement* à ces réparations, même lorsque le constituant se trouve être classiquement le propriétaire (et que, corrélativement, ledit constituant n'est lié par aucune autre obligation antérieure) ; le droit de propriété du superficiaire serait, en ce cas, affecté jusque dans ces fondements, ce qui contredirait la finalité même de la superficie. Même chose pour le constituant qui se trouverait être le propriétaire, d'ailleurs. Tout dépend donc du statut juridique de chacun, *in casu*. D'après la nouvelle législation, précisément, le superficiaire ou le constituant n'effectuera *que* les réparations « dont il est tenu légalement ou contractuellement »⁶²², ce qui renvoie à la seule hypothèse des droits en cascade. Rappelons cependant que la nature supplétive conférée par la loi du 4 février 2020 à cette thématique des réparations (notamment)⁶²³ pourrait amener le propriétaire à « charger la barque » de son cocontractant.

103. Accessoirement, notons qu'une intéressante transversalité est instaurée par le nouveau Code civil à propos des réparations d'entretien et des grosses réparations ; ce, tant au niveau terminologique (les *articles 3.153 et 3.154* en question renvoient à la matière de l'usufruit) que sur le plan du fond (l'emphytéote est assujéti à une règle identique⁶²⁴).

Par ailleurs, le critère de l'appartenance du bien (au superficiaire ou au propriétaire), imaginé pour la distribution des charges⁶²⁵, est importé ici, aux fins de désigner le redevable de la réparation ; il y a davantage sa place à notre sens⁶²⁶.

2. Réparations nécessaires

104. Ce n'est pas tout : le superficiaire doit également engager les réparations « nécessaires pour l'exercice des autres droits d'usage existant sur le fonds »⁶²⁷. La locution requiert assurément une explication. Les travaux préparatoires

⁶¹⁹ Art. 3.153 du nouveau Code civil.

⁶²⁰ Art. 3.154, § 2, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶²¹ Art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁶²² Art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶²³ Art. 3.1 du nouveau Code civil.

⁶²⁴ Art. 3.173, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶²⁵ Art. 3.185, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶²⁶ Voy. *supra* n° 101.

⁶²⁷ Art. 3.185, al. 2, *in fine*, du nouveau Code civil.

évoquent à cet égard « la coexistence possible de plusieurs droits d'usage sur un même fonds »⁶²⁸. On ne voit pas bien cependant, vu l'ampleur des prérogatives dévolues au superficiaire⁶²⁹, quel autre droit d'usage pourrait être constitué par le propriétaire sur l'immeuble objet du droit de superficie (le *même* fonds), sans compromettre les droits du superficiaire déjà installé ; sauf à considérer le fonds comme un espace tridimensionnel⁶³⁰ (qui accepterait l'empilement de plusieurs superficiaires horizontaux en quelque sorte), ce que permet justement le nouveau concept de propriété par volumes⁶³¹.

Par cette obligation de réparation (et en paraphrasant ce que l'on a dit plus haut à propos de l'emphytéose⁶³²), il s'agit de faire advenir entre les différents utilisateurs d'une même chose immobilière une « communauté d'intérêts », qui incite ou contraint chacun à entreprendre les réparations (relativement à sa part de la chose) ; et ce, non pas pour son bien propre⁶³³, mais pour le bénéfice général de cette petite collectivité. L'inertie d'un seul des titulaires, en effet, est susceptible d'entraver l'exercice utile des autres droits réels⁶³⁴. On a là, en définitive, une « application plus moderne des règles sur les relations de voisinage »⁶³⁵.

105. Une triple (et importante) précision doit cependant être livrée. *Primo*, cette obligation de réparations dites nécessaires (expressément destinées à ne pas priver d'effet utile les autres droits d'usage) vaut en toutes circonstances, que le constituant soit le propriétaire ou non. Par contraste, les réparations d'entretien et les grosses réparations se s'appliquent qu'au second de ces cas (le droit de superficie constitué non pas par le *verus dominus* mais par un titulaire de droit réel d'usage)⁶³⁶.

Secundo, et comme pour atténuer l'intensité de ce devoir nouveau, ne doivent être entreprises que les réparations qui s'avèrent strictement « nécessaires » (à l'exercice des autres droits réels d'usage), pas simplement utiles.

Tertio, le constituant du droit de superficie (quel qu'il soit) est lui aussi astreint aux réparations dites nécessaires (« relativement à sa propriété » à nouveau)⁶³⁷.

⁶²⁸ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 347.

⁶²⁹ Art. 3.177 du nouveau Code civil.

⁶³⁰ « On vise ici le fonds, en néerlandais "grond", mais au sens de fonds en trois dimensions, ne se limitant pas au sol » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 347).

⁶³¹ Art. 3.177 et 3.184 du nouveau Code civil.

⁶³² N° 35.

⁶³³ Le propriétaire fait ce qu'il veut chez lui, de toute façon.

⁶³⁴ « [...] afin que la dissociation d'un fonds entre plusieurs personnes puisse rester efficace et ne pas être paralysée par l'inertie d'un des titulaires de droit réel sur ledit fonds, ou partie dudit fonds » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 347).

⁶³⁵ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 323.

⁶³⁶ Voy. *supra* n° 103.

⁶³⁷ Voy. le « chacun » de l'al. 2 de l'art. 3.185, *in limine*, du nouveau Code civil.

De fait, la précision légale suivant laquelle ne sont dues que les réparations dont l'intéressé «est tenu légalement ou contractuellement» (et qui a pour effet d'exonérer le propriétaire⁶³⁸) vaut uniquement pour les réparations d'entretien et les grosses réparations⁶³⁹.

Sous-section 7

Extinction

§ 1. Mise en contexte

106. Le livre 3 du nouveau Code civil ne reprend, dans son titre 8 dédié au droit de superficie, aucun des modes d'extinction énumérés (de façon non limitative⁶⁴⁰) par la loi de 1824, à savoir la confusion, la destruction du fonds et la prescription de trente ans⁶⁴¹. Est-ce dire qu'ils n'existent plus en 2020 (à titre de motifs de dissolution du droit)? Il faut raisonner au cas par cas.

107. Pour ce qui est d'abord de la confusion (mode d'extinction qui n'est en rien propre à la superficie), on la retrouve dans le droit commun du droit des biens, à l'article⁶⁴² sur les «modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage»⁶⁴³. Assorti ici d'une courte explication (cette confusion est celle «des qualités de titulaire du droit réel et de constituant du droit réel»)⁶⁴⁴, ce mode vaut donc pour *tous* les droits réels d'usage.

Un sort identique est réservé au second des modes de 1824, à savoir la prescription de trente ans. Elle est rangée elle aussi dans le droit commun⁶⁴⁵, reformulée toutefois et quelque peu détaillée («le non-usage du droit réel durant trente ans; si le droit réel est en indivision, l'exercice par l'un des indivisaires empêche la prescription extinctive»⁶⁴⁶).

108. *A priori*, ces deux modes d'extinction continuent donc de s'appliquer au droit de superficie. Ils entraînent à leur suite les autres causes de dissolution égrenées par le droit commun, tant générales (extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel⁶⁴⁷, anéantissement du titre d'acquisition du droit réel⁶⁴⁸, expropriation judiciaire du bien⁶⁴⁹ et renonciation au droit réel par

⁶³⁸ Voy. *supra* n° 103.

⁶³⁹ Ce que renseigne une lecture attentive de l'art. 3.185, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁴⁰ «Le droit de superficie s'éteint, *entre autres* [...]» (art. 9, *in limine*, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, souligné par nous).

⁶⁴¹ Art. 9, 1° à 3°, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁶⁴² Art. 3.16, 3°, du nouveau Code civil.

⁶⁴³ Intitulé de l'art. 3.16 du nouveau Code civil.

⁶⁴⁴ Art. 3.16, 3°, du nouveau Code civil.

⁶⁴⁵ Dans les «modes spécifiques» elle aussi.

⁶⁴⁶ Art. 3.16, 2°, du nouveau Code civil.

⁶⁴⁷ Art. 3.15, 1°, du nouveau Code civil.

⁶⁴⁸ Consécutivement à la nullité, la réalisation de la condition résolutoire, la résolution pour inexécution, la déchéance, la révocation ou la résiliation de commun accord. Voy. l'art. 3.15, 3°, du nouveau Code civil.

⁶⁴⁹ Art. 3.15, 4°, du nouveau Code civil.

son titulaire⁶⁵⁰) que spécifiques aux droits réels d'usage (expiration de la durée légale ou contractuelle du droit⁶⁵¹ et déchéance⁶⁵²).

Un doute émerge toutefois : ces dispositions du droit commun s'appliquent-elles vraiment ici dans la mesure où, contrairement à l'article correspondant du droit d'emphytéose (lequel « s'éteint par les causes visées aux *articles 3.15 et 3.16* [...] »⁶⁵³), celui qui traite de l'extinction du droit de superficie⁶⁵⁴ ne fait nulle mention de ces deux dispositions ? On incline malgré tout à l'affirmative : il n'est nul besoin en effet d'opérer un renvoi formel au droit commun pour voir celui-ci exercer son empire. Sans doute n'y a-t-on fait référence dans l'article sur l'extinction de l'emphytéose que pour mieux préciser, dans la foulée, que ces causes sortent leurs effets « même si elles se produisent avant le délai minimal de quinze ans »⁶⁵⁵ (nouveau plancher temporel du droit d'emphytéose⁶⁵⁶).

109. Qu'en est-il alors de la destruction du fonds (troisième et dernier mode de 1824) ? Elle figure aussi dans le droit commun (au sein cette fois des « modes généraux d'extinction des droits réels »⁶⁵⁷), sous un libellé amendé et plus large (« la disparition de l'objet du droit réel, sauf subrogation réelle [...] »)⁶⁵⁸. Par contre, il lui est apportée une claire dérogation au sein du titre 8, puisque l'article 3.186 dispose en termes exprès : « Le droit de superficie ne s'éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficiaire ».

La raison de cette exception ? Elle est connue⁶⁵⁹ : la propriété par volumes⁶⁶⁰. Les ouvrages et plantations du superficiaire, autrement dit, n'épuisent plus l'objet du droit de superficie. Par définition, le volume « ne disparaît jamais » ; il continue d'exister indépendamment de ce qu'il contient (ou de ce qu'il ne contient pas/plus)⁶⁶¹.

110. À titre infiniment subsidiaire, il peut paraître quelque peu singulier, sur le plan légistique, d'ouvrir le sous-titre 4 (du titre 8 du nouveau Code civil) dédié aux modes « spécifiques » d'extinction du droit de superficie par une disposition⁶⁶² portant comme chapeau « Généralités »...

⁶⁵⁰ Art. 3.15, 5°, du nouveau Code civil.

⁶⁵¹ Art. 3.16, 1°, du nouveau Code civil.

⁶⁵² Art. 3.16, 4°, du nouveau Code civil.

⁶⁵³ Art. 3.174, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁵⁴ L'art. 3.186 (« Généralités ») : « Le droit de superficie ne s'éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficiaire ».

⁶⁵⁵ Art. 3.174, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁵⁶ Art. 3.169, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁵⁷ Intitulé de l'art. 3.15 du nouveau Code civil.

⁶⁵⁸ Art. 3.15, 2°, du nouveau Code civil.

⁶⁵⁹ Voy. *supra* n° 54.

⁶⁶⁰ Art. 3.177 et 3.184 du nouveau Code civil.

⁶⁶¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 348.

⁶⁶² Le présent art. 3.186 du nouveau Code civil.

§ 2. Mode spécifique d'extinction : perte d'utilité

111. La notion de perte d'utilité du bien est déjà ancienne. Son origine est notamment à trouver dans un mode d'extinction des servitudes⁶⁶³. En plus de la conserver⁶⁶⁴, le nouveau Code civil a décidé de faire un plus ample usage de cette notion, la mobilisant par exemple dans le cadre de la copropriété forcée – pour forger l'exception de fond apportée à la prohibition du partage (lorsque les biens indivis ont «perdu toute utilité, même future ou potentielle, par rapport aux biens dont ils sont l'accessoire») ⁶⁶⁵.

112. Il n'est pas étonnant dès lors de voir ce concept de perte d'utilité prospérer également dans le titre 8 du nouveau Code civil dévolu au droit de superficie⁶⁶⁶ (ainsi d'ailleurs que dans le titre 7 réservé à l'emphytéose⁶⁶⁷), à titre de mode particulier d'extinction du droit. Ainsi, «le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle»⁶⁶⁸. Le libellé est parfaitement identique à celui que le nouveau Code propose pour l'emphytéose⁶⁶⁹ (ce qui justifie la duplication des propos développés plus haut).

Ce pouvoir de suppression est d'autant plus étendu que l'utilité simplement *potentielle* (dont on s'aviserait qu'elle vient à manquer) peut aussi conduire le magistrat à imposer la dissolution. Par contraste, l'absence de toute mention de l'utilité potentielle dans la disposition relative à la servitude⁶⁷⁰ est susceptible d'incliner le juge au maintien de celle-ci s'il subsiste une utilité à l'état de latence.

Le texte demeure lacunaire sur un point toutefois : l'identité des individus habilités à engager cette démarche judiciaire. L'ancien Code civil, dans le cadre des servitudes, réservait cette faculté au «propriétaire du fonds servant»⁶⁷¹, ce qui excipait d'une certaine logique (puisque c'est lui qui supporte le faix). Peut-on inférer aujourd'hui d'une absence de toute restriction sur ce point dans le texte de loi sur la superficie que le pouvoir de saisine est ouvert aux

⁶⁶³ « À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude, lorsque celle-ci a perdu toute utilité pour le fonds dominant » (art. 710bis de l'ancien Code civil).

⁶⁶⁴ « À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude lorsque celle-ci a perdu toute utilité, même future, pour le fonds dominant » (art. 3.128 du nouveau Code civil). Voy. S. BOUFFLETTE, « Chapitre 3. Des servitudes », in P. Lecocq *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 278.

⁶⁶⁵ Art. 3.83, *in fine*, du nouveau Code civil.

⁶⁶⁶ Art. 3.187 du nouveau Code civil.

⁶⁶⁷ Art. 3.175 du nouveau Code civil.

⁶⁶⁸ Art. 3.187, *in fine*, du nouveau Code civil.

⁶⁶⁹ Art. 3.175 du nouveau Code civil.

⁶⁷⁰ « À la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude lorsque celle-ci a perdu toute utilité, même future, pour le fonds dominant » (art. 3.128 du nouveau Code civil).

⁶⁷¹ Art. 710bis, *in limine*, de l'ancien Code civil.

deux parties (le superficiaire également donc)? Nous sommes enclin à le penser, ne serait-ce que parce que la superficie est un droit davantage bilatéral en quelque sorte que la servitude (conçue d'abord comme une « charge grevant un immeuble [...] pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à autrui »⁶⁷²).

113. Dans les deux cas toutefois (emphytéose ou superficie), ce mode n'opérera qui si le droit est « perpétuel »⁶⁷³. Tel est le cas, pour rappel⁶⁷⁴, du droit de superficie constituée « à des fins de domanialité publique »⁶⁷⁵ et de celui qui est destiné à « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène »⁶⁷⁶.

Ce résultat ne saurait cependant se produire durant les nonante-neuf premières années⁶⁷⁷. On cherche cependant à comprendre pourquoi l'issue, logique, de la dissolution de la superficie ne peut advenir qu'à partir de la centième année (et pas avant) si, de toute façon, la perte d'utilité est avérée depuis longtemps; certes, on peut entendre qu'il faut « protéger le crédit immobilier et la sécurité juridique »⁶⁷⁸, mais il n'est point besoin à notre sens d'attendre un siècle (au sens littéral) pour réagir. Au contraire, cette inertie de très long terme paraît engendrer un autre type d'insécurité juridique.

114. Au final, relevons que la disparation du droit de superficie pour perte d'utilité peut évoquer, même de façon lointaine, cette cause d'extinction des droits (réels) d'usage qu'est le non usage⁶⁷⁹. Ce rapprochement donne surtout l'occasion d'insister, en creux, sur la différence principielle existant entre le droit de propriété *stricto sensu* et le droit de superficie, le second ayant les atours du premier⁶⁸⁰ mais point le statut⁶⁸¹ (notamment parce qu'il disparaît, lui, par non usage).

§ 3. Accession et indemnisation

115. Que se passera-t-il en fin de droit, sous l'empire du nouveau Code civil, avec les ouvrages réalisés par le superficiaire? « À l'extinction du droit de super-

⁶⁷² Art. 3.114, al. 1^{er}, du nouveau Code civil, souligné par nous.

⁶⁷³ C'est le sens du renvoi fait par le présent art. 3.187 du nouveau Code civil à l'art. 3.180 du même Code. Voy. aussi les art. 3.169, al. 2, et 3.175 du même instrument toujours.

⁶⁷⁴ Voy. *supra* n^{os} 70 et s.

⁶⁷⁵ Art. 3.180, al. 2, 1^o, du nouveau Code civil. Voy. également l'art. 3.169, al. 2, du même Code.

⁶⁷⁶ Art. 3.180, al. 2, 2^o, du nouveau Code civil.

⁶⁷⁷ « En cas de droit de superficie perpétuel tel que visé à l'article 3.180, si le droit de superficie existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle » (art. 3.187 du nouveau Code civil, souligné par nous).

⁶⁷⁸ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n^o 0173/001, p. 349.

⁶⁷⁹ Art. 3.16, 2^o, du nouveau Code civil.

⁶⁸⁰ Art. 3.177 et 3.184 du nouveau Code civil.

⁶⁸¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n^o 0173/001, p. 349.

ficie, la propriété du volume passe au constituant du droit de superficie ou à son ayant droit⁶⁸². Comme avant⁶⁸³, dès lors, la règle de l'accession reprend vigueur à l'échéance de la superficie, attribuant au propriétaire du fonds les ouvrages et plantation éventuellement réalisés au sein du volume (ainsi que le volume lui-même)⁶⁸⁴.

L'expression suivant laquelle la propriété « passe » au constituant est directement empruntée à la loi de 1824⁶⁸⁵; elle a également inspiré le législateur de 2020 pour la disposition sœur relative à l'emphytéose⁶⁸⁶. La circonstance que cette propriété « passe » ainsi propriétaire de l'immeuble a toujours été interprétée comme dépouillant le dernier du pouvoir d'exiger du superficiaire le démantèlement⁶⁸⁷; il en ira de même dès lors sous le règne du nouveau Code civil.

116. Comme avant⁶⁸⁸, un dédommagement est prévu au profit du superficiaire: « Le constituant du droit de superficie doit indemniser, sur la base de l'enrichissement injustifié, le superficiaire pour les ouvrages et plantations réalisés ou acquis dans les limites de son droit »⁶⁸⁹.

Ce principe d'indemnisation a dû être jugé suffisamment convaincant en tous cas pour que le législateur de 2020 l'étende à l'emphytéose⁶⁹⁰. Voilà dès lors un nouveau point de convergence entre deux droits introduit dans le Code civil d'aujourd'hui (en sus de la durée maximale⁶⁹¹ et de l'interprétée par exemple⁶⁹²).

117. Le dédommagement en question ne se calculera plus en fonction de la « valeur actuelle » des objets⁶⁹³, mais sur pied donc de la théorie de l'enrichissement injustifié (nouvelle appellation de l'enrichissement sans cause)⁶⁹⁴. C'est

⁶⁸² Art. 3.188, al. 1^{er}, première phrase, du nouveau Code civil.

⁶⁸³ « À l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations, passe au constituant du droit de superficie ou son ayant droit, à charge par lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention » (art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

⁶⁸⁴ Du reste, le terme « accession » ouvre l'intitulé de l'art. 3.188 (« Accession et indemnisation »).

⁶⁸⁵ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁶⁸⁶ Art. 3.176, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁸⁷ Voy. *mutatis mutandis* (en matière d'emphytéose) proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 327.

⁶⁸⁸ Art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁶⁸⁹ Art. 3.188, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil. J.-Fr. Romain (J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 420) s'interroge néanmoins sur l'adéquation de cette solution au cas de la superficie, en ce qu'elle implique une comparaison entre le montant de l'appauvrissement dans le chef du superficiaire et celui de l'enrichissement dans le chef du tréfoncier – dont il résultera à son estime « incertitude », « insécurité juridique » et même « nid à procès ».

⁶⁹⁰ « Le constituant du droit d'emphytéose doit indemniser, sur la base de l'enrichissement injustifié, l'emphytéote pour les ouvrages et plantations réalisés dans les limites de son droit » (art. 3.176, al. 2, première phrase, du nouveau Code civil).

⁶⁹¹ Art. 3.169, al. 1^{er}, et art. 3.180, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

⁶⁹² Art. 3.169, al. 2, et art. 3.180, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁹³ Ce qui était le cas précédemment (art. 6 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

⁶⁹⁴ Art. 3.188, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil.

déjà cette doctrine que le législateur de 2020 a choisie pour asseoir ses règles d'indemnisation en matière de transformation⁶⁹⁵, d'accession mobilière⁶⁹⁶, d'empiètement⁶⁹⁷, d'accession immobilière artificielle⁶⁹⁸, d'usufruit⁶⁹⁹ et d'emphytéose⁷⁰⁰.

Il y a donc là une volonté manifeste (et louable) de « simplifier et uniformiser les solutions »⁷⁰¹. Et transversalité il y a d'autant plus que les auteurs de la réforme de droit des biens sont allés chercher cette notion d'enrichissement injustifié dans le livre 5 en projet relatif aux obligations⁷⁰².

118. *A contrario*, tout remboursement tombe si les ouvrages ont été effectués par le superficiaire *en dehors* des « limites de son droit »⁷⁰³.

L'absence de compensation peut même se transformer en *sanction* pour le superficiaire. L'évocation⁷⁰⁴ des ouvrages et plantations réalisés « dans les limites de son droit » ne peut manquer de renvoyer, en négatif pour ainsi dire, à l'action en cessation conférée au constituant du droit réel d'usage dont le cocontractant « abuse de manière manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages au bien, soit parce qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien »; en ce cas, ledit constituant peut aussi, en lieu et place de la déchéance, « agir immédiatement en cessation ou en réparation en nature » contre le titulaire de ce droit qui « réalise des ouvrages ou plantations excédant les limites de son droit »⁷⁰⁵.

119. *Quid* si le constituant s'abstient d'effectuer le paiement? « Jusqu'à indemnisation, le superficiaire a un droit de rétention sur le volume »⁷⁰⁶ – comme avant⁷⁰⁷. Et, à nouveau, cette règle a inspiré le législateur de 2020, au point non seulement qu'il l'importe pour le droit de superficie mais aussi l'élargisse à l'emphytéose⁷⁰⁸ (et à l'usufruitier⁷⁰⁹).

⁶⁹⁵ Art. 3.56, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁹⁶ Art. 3.57, al. 3, du nouveau Code civil.

⁶⁹⁷ Art. 3.62, § 2, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁹⁸ Art. 3.64, § 3, et 3.64, § 4, al. 2, du nouveau Code civil.

⁶⁹⁹ Art. 3.146, al. 2, 3.160, al. 1^{er}, et 3.165 du nouveau Code civil.

⁷⁰⁰ Art. 3.176, al. 2, du nouveau Code civil.

⁷⁰¹ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 350.

⁷⁰² Art. 5.138 en projet du nouveau Code civil. Concrètement, « celui qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit restituer à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au jour de la restitution » (art. 5.140, al. 1^{er}, en projet du nouveau Code civil).

⁷⁰³ Pour reprendre l'expression de l'art. 3.188, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil.

⁷⁰⁴ Par l'art. 3.188, al. 1^{er}, deuxième phrase, du nouveau Code civil.

⁷⁰⁵ Art. 3.16, 4^o, seconde phrase, du nouveau Code civil. Sur ce sujet, voy. P. LECOQ et R. POPA, « Dispositions générales », in P. LECOQ *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 36 et 37.

⁷⁰⁶ Art. 3.188, al. 1^{er}, troisième phrase.

⁷⁰⁷ Art. 6, *in fine*, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

⁷⁰⁸ Art. 3.176, al. 2, du nouveau Code civil.

⁷⁰⁹ Art. 3.160, al. 1^{er}, du nouveau Code civil.

120. Qu'en est-il cette fois de cette obligation de dédommagement si son débiteur, le constituant du droit de superficie, est déjà mort au jour de son exigibilité (hypothèse qui va gagner en récurrence vu l'allongement de la durée du droit de superficie)? C'est logiquement, en cas de transmission « universelle » ou « à titre universel » (du droit du constituant du droit de superficie), sur « l'ayant cause » que pèse alors ce devoir⁷¹⁰.

La règle a été étendue à l'hypothèse de la « cession » du droit de superficie⁷¹¹. Ce n'est plus au constituant initial, le cédant, que le superficiaire s'adressera, mais au cessionnaire.

121. Cette disposition prend un relief particulier dès lors que l'individu habilité à constituer un droit de superficie peut aujourd'hui être, au-delà du propriétaire du fonds, tout « titulaire d'un droit réel d'usage » (dans les limites de son droit)⁷¹². Par exemple, si le constituant se trouve être le superficiaire primitif (qui a cédé son droit), c'est au cessionnaire à payer pour les constructions érigées par le superficiaire second, et nullement au superficiaire initial, ni (encore moins) au propriétaire du fonds. Certes, par effet de cascade, ce dernier devra bien à terme⁷¹³ indemniser pour les ouvrages réalisés sur son fonds (le texte n'imposant pas qu'ils l'aient été par le superficiaire initial lui-même), mais ce propriétaire a pu prévoir dans le contrat une dispense d'indemnisation⁷¹⁴. Et, même sans cette clause, il n'a pas, en cas de dissolution anticipée de la superficie de second degré, à subir l'avancement du moment du débours⁷¹⁵.

Conclusion : de la valeur ajoutée de l'emphytéose par rapport à la superficie (... et inversement)

122. La question qui émerge traditionnellement (et légitimement) au crépuscule d'une étude abordant de front les droits d'emphytéose et de superficie tient dans l'avantage comparatif ultime de l'un ou l'autre de ces deux mécanismes par rapport au droit voisin; elle se pose avec plus d'acuité encore en 2021 dès lors que la réforme a sensiblement rapproché les deux régimes. Nous ne nous y déroberons pas.

123. Commençons par rappeler et synthétiser les principaux points de convergence nouveaux. Ils sont (très) nombreux. *Primo*, le constituant du droit,

⁷¹⁰ Art. 3.188, al. 2, du nouveau Code civil.

⁷¹¹ Art. 3.188, al. 2, du nouveau Code civil.

⁷¹² Art. 3.178 du nouveau Code civil.

⁷¹³ C'est-à-dire à l'extinction du droit de superficie premier.

⁷¹⁴ Cette obligation de remboursement étant parée en effet d'un caractère supplétif (en vertu de l'art. 3.1 du nouveau Code civil).

⁷¹⁵ Voy. proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 350.

qu'il soit d'emphytéose ou de superficie, peut être le propriétaire ou tout titulaire d'un droit réel d'usage (dans les limites de son droit). *Secundo*, la durée maximale de ces droits est identique désormais (nonante-neuf ans), la superficie prenant pour le coup le sillage de l'emphytéose. *Tertio*, l'hypothèse d'une emphytéose ou d'une superficie concédée à des fins de domanialité publique expressément est envisagée des deux côtés, avec la même conséquence (la perpétuité du droit). *Quarto*, les règles de la prorogation du droit sont identiques de part et d'autre. *Quinto*, il en va de même avec le renouvellement. *Sexto*, l'emphytéose et la superficie acquises par usucapion sont censées toutes deux avoir été établies pour nonante-neuf ans. *Septimo*, l'emphytéote et le superficiaire sont autorisés à céder et hypothéquer leur droit, tout en étant interdits à chacun de céder ou hypothéquer les immeubles⁷¹⁶ sans céder ou hypothéquer de manière simultanée le droit d'emphytéose ou de superficie dont ils sont le titulaire. *Octavo*, le régime des réparations est similaire, avec à chaque fois renvoi aux réparations d'entretien et aux grosses réparations telles qu'imaginées par le législateur dans le cadre de l'usufruit. *Nono*, la théorie de la superficie-conséquence prospère dans les deux régimes. *Decimo*, en ce qui concerne la disparition du droit, sont non seulement identiques les modes transversaux d'extinction (de par leur localisation dans le droit commun), mais également ce mode spécifique qu'est la perte d'utilité (en cas de droit perpétuel). *Undecimo*, une indemnité bénéficie dorénavant à l'emphytéote en fin de droit (pour les constructions par lui érigées), avec ici le régime de la superficie comme source d'inspiration. *Duodecimo*, ce dédommagement se calcule dans tous les cas sur la base de l'enrichissement injustifié. Etc.

124. Il n'est jusqu'aux volumes, figure emblématique s'il en est du droit de superficie⁷¹⁷, à ne trouver application également dans le droit d'emphytéose (par l'entremise de l'immeuble par nature). Certes encore, le droit d'emphytéose ne confère pas *in se*, contrairement à la superficie, un droit de propriété à son titulaire, mais ce dernier est bel et bien le *verus dominus* de tous les ouvrages et plantations acquis ou réalisés (que ce soit de manière libre ou sur commande d'ailleurs)⁷¹⁸. Certes, enfin, le droit de superficie ne connaît pas de durée minimale obligatoire, à l'inverse de l'emphytéose (quinze ans), mais rappelons⁷¹⁹ d'une part que rien n'empêche les parties à une convention de superficie d'en prévoir une et, de l'autre, que les parties à une emphytéose restent libres de résilier leur droit avant l'expiration de la quinzième année (mais de commun accord). Le tout, sur fond de supplétivité généralisée (sauf exceptions), qui permet de gommer les rares différentes qui resteraient. Sans compter un régime fiscal très largement analogue.

⁷¹⁶ Un immeuble dont l'emphytéote est propriétaire en vertu d'une superficie-conséquence, a-t-on juste précisé à l'adresse de ce dernier.

⁷¹⁷ Jusqu'à figurer dans sa définition.

⁷¹⁸ Cette activité de construction est d'ailleurs fréquemment prévue dans les contrats d'emphytéose.

⁷¹⁹ V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose « version 2020 » en 20 questions », in N. Bernard et B. Havet (dir.), *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, à paraître.

Pourtant, l'auteur de la loi de 2020 assurait vouloir rendre les deux droits moins « interchangeables » (et, plus précisément, mieux « mettre en exergue » la « spécificité » de la superficie)⁷²⁰. Il n'est pas sûr, à la lueur du texte même (les titres 7 et 8 du nouveau livre 3 du Code civil), que l'intention ait été suivie d'effets.

125. L'on n'ignore pas que les vocations de ces deux droits sont différentes, l'emphytéose conférant « simplement » usage et jouissance sur le bien d'autrui là où la superficie est une prérogative davantage finalisée, lestée d'une fonction précise : l'érection d'ouvrages au sein d'un volume⁷²¹. Mais, au-delà des mots, ira-t-on jusqu'à priver le superficiaire de son droit⁷²² si l'intéressé n'a certes pas élevé de constructions mais a bel et bien fait emploi du volume (d'une autre manière)⁷²³? Rappelons que le superficiaire est le plein propriétaire de ce volume⁷²⁴. Au minimum, un délai n'aurait-il pas dû enserrer ce devoir de construction? Par contraste, soulignons⁷²⁵ que le meuble par anticipation est déchu de son statut lorsque l'intention déclarée des parties (la séparation) ne se matérialise pas – et à brève échéance⁷²⁶.

⁷²⁰ Proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 329.

⁷²¹ « L'idée est aussi d'exclure le droit de superficie pour acquérir un volume sans avoir l'intention commune principale d'y avoir ou d'y réaliser soi-même ouvrages ou plantations, et ce dans un objectif d'utilisation optimale d'espace terrestre; le droit existe dès sa constitution puisqu'il s'agit d'un droit réel portant sur le fonds, ou partie du fonds, existant et spécifié (voy. Cass., 23 mai 2013, Pas. 2013, 1151; Arr. Cass. 2013, 1268; R.W., 2013-2014, p. 1460, note V. SAGAERT et S. BOULY) mais il doit être exercé en acquérant (moyennant paiement ou non) des ouvrages ou plantations existants ou en réalisant des ouvrages ou plantations. Les mots bâtiments, ouvrages et plantations présents dans la loi de 1824 sont remplacés par les termes ouvrages et plantations pour couvrir toute réalisation, tout produit résultant du travail de l'homme. L'essence du droit de superficie est l'intention d'avoir ou d'ériger ces ouvrages ou plantations, au sens large, comme prérogative principale de ce droit, ce qui permet de le distinguer du droit d'emphytéose qui s'exprime, lui, en termes essentiellement d'usage et de jouissance » (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, pp. 332 et 333).

⁷²² L'extinction par non usage est en effet prévue par l'art. 3.16, 3°, du nouveau Code civil (pour les seuls droits réels d'usage toutefois).

⁷²³ Les travaux préparatoires de la loi de 2020 l'envisagent, mais pour la superficie perpétuelle uniquement (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 339). Et, de manière générale, ils considèrent bien l'hypothèse où « il n'y a rien de construit ou planté » sur le bien objet de la superficie, dans le cadre de l'extinction du superficiaire en fin de droit, sans nullement y voir une cause d'extinction du droit (proposition de loi portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, développements, *Doc. parl.*, Ch., 2019, n° 0173/001, p. 350).

⁷²⁴ Et que le droit de propriété ne s'éteint pas, lui, par non usage (comp. les art. 3.15 et 3.16 du nouveau Code civil).

⁷²⁵ Avec J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in P. Lecocq et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 405.

⁷²⁶ À défaut, la simulation guette (et, partant, la requalification). Voy. entre autres Liège, 3 mai 1999, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, p. 415 et Liège, 27 juin 2008, *Rec. gén. enr. not.*, 2009, p. 9, note A. CULOT.

Jusqu'où, par ailleurs, le législateur est-il fondé à assigner à une prérogative un but donné sans lui faire perdre sa qualité de droit subjectif? Vaste question...⁷²⁷

126. Peut-être, au final, la différence principale entre les deux droits réside-t-elle dans la fameuse superficie perpétuelle par volumes (qui, il est vrai, n'a pas d'équivalent dans le droit d'emphytéose). Indépendamment toutefois de la fortune que pourra rencontrer ce dispositif dans la pratique (rappelons que les volumes de cet ensemble immobilier complexe et hétérogène ne peuvent présenter entre eux aucune partie commune⁷²⁸), il faudra voir si cet élément permet de distinguer suffisamment les deux droits. Attendu que, dans l'affirmative, une autre question se posera alors, celle de la valeur ajoutée ultime d'un droit tel que l'emphytéose (par rapport à la superficie)!

Emphytéose et superficie étaient déjà (proches) cousines. Les voilà sœurs, en conclusion. Jumelles? L'avenir le dira – c'est-à-dire, les parties.

⁷²⁷ Voy., pour un essai de réponse, N. BERNARD, « Les limites de la propriété par les droits de l'homme », in B. Weiniger et al (dir.), *La propriété et ses limites*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 55 et s.

⁷²⁸ Voy. *supra* n^{os} 71 et s.

