

GUIDE JURIDIQUE DE L'ENTREPRISE

Traité théorique et pratique

Titre III – Livre 34

Emphytéose et superficie : Aspects civils

François BOUSSA

assistant à l'ULiège et à l'ULB et collaborateur notarial

Pascale LECOCQ

professeur à l'ULiège et à l'ULB



Wolters Kluwer

Table des matières

INTRODUCTION

010. Plan	7
020. Emphytéose et superficie : une histoire commune	7
030. Emphytéose et superficie : deux droits réels d'usage distincts quant à leur essence	8

CHAPITRE 1^{ER}. DROIT D'EMPHYTÉOSE

SECTION 1^{RE}. CONTOURS GÉNÉRAUX : DÉFINITION, OBJET ET DURÉE

Sous-section 1^{re}. Définition

040. Les caractéristiques essentielles du droit d'emphytéose	10
050. L'emphytéose : un droit réel d'usage	10
060. Le droit d'emphytéose : un plein usage et une pleine jouissance de l'immeuble d'autrui	11
070. Le droit d'emphytéose : l'interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble grevé	11
080. Le droit d'emphytéose : un droit qui peut désormais être constitué à titre gratuit	12
090. Le droit d'emphytéose : sous réserve de dérogation contractuelle, un droit qui permet à son titulaire de modifier la destination du bien	13

Sous-section 2. Qualité du constituant

100. Qui est autorisé à constituer un droit d'emphytéose ?	13
--	----

Sous-section 3. Durée du droit d'emphytéose

110. Un droit long par essence	14
120. Cas unique d'emphytéose perpétuelle	14
130. Extinction anticipée du droit d'emphytéose : <i>quid</i> du terme minimum ?	15
140. Renonciation au droit d'emphytéose : <i>quid</i> du terme minimum ?	16

Sous-section 4. Objet du droit d'emphytéose

150. Un immeuble par nature ou par incorporation	16
160. Immeubles incorporels	17
170. Les biens du domaine public	19

SECTION 2. MODES SPÉCIFIQUES D'ACQUISITION

180. Acquisition du droit d'emphytéose : le cas spécifique de la prescription acquisitive	20
---	----

SECTION 3. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	21
190. Droits sur le droit	21
200. Droits sur l'immeuble grevé	22
210. Obligations des parties	23
SECTION 4. EXTINCTION DU DROIT D'EMPHYTÉOSE	27
220. Généralités	27
230. Mode spécifique d'extinction : la perte d'utilité d'un droit d'emphytose perpétuel	27
240. Accession et indemnisation	27
CHAPITRE 2. DROIT DE SUPERFICIE	29
SECTION 1^{RE}. CONTOURS GÉNÉRAUX : DÉFINITION, OBJET ET DURÉE	29
Sous-section 1^{re}. Définition	29
250. L'essence d'un droit de superficie	29
Sous-section 2. Qualité du constituant	29
260. Qui est autorisé à constituer un droit de superficie ?	29
Sous-section 3. Objet du droit de superficie	29
270. Généralités	29
280. Un droit de superficie sur un fonds déjà bâti	30
290. Immeubles incorporels : les droits réels immobiliers	32
300. Les biens du domaine public	32
Sous-section 4. Durée du droit de superficie	32
310. Pas de durée minimale, mais une durée maximale de principe	32
320. La superficie-conséquence	33
330. Premier cas de superficie perpétuelle : domanialité publique	33
340. Second cas de superficie perpétuelle : ensemble immobilier complexe et hétérogène	33
350. Perpétuité : réserve	34
SECTION 2. MODES SPÉCIFIQUES D'ACQUISITION	34
360. Acquisition du droit de superficie : le cas spécifique de la prescription acquisitive	34
370. Le droit de superficie-conséquence	35
SECTION 3. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES	36
380. Droits sur le droit	36

390. Droits sur les volumes	37
400. Obligations	37
SECTION 4. <i>EXTINCTION DU DROIT DE SUPERFICIE</i>	
410. Généralités	38
420. Mode spécifique d'extinction : la perte d'utilité d'un droit de superficie perpétuel	38
430. Accession, indemnisation et subrogation réelle	38

Introduction

010 Plan

La présente contribution propose une étude synthétique des droits d'emphytéose et de superficie. Après une brève introduction historique, nous aurons l'occasion de mettre l'accent sur le fait que, bien qu'ayant une histoire commune et ayant été confondus pendant des années par la pratique, le droit de superficie et le droit d'emphytéose sont deux droits réels d'usage distincts ayant chacun leur essence.

Par souci de pédagogie et de clarté, les auteurs ont pris le parti de traiter séparément le régime de l'emphytéose et celui de la superficie. Il a également été choisi de se tenir au plan du Code civil. Ainsi, seront successivement étudiés pour chacun des droits examinés : leur définition, leur objet et leur durée ; leurs modes spécifiques d'acquisitions ; les droits et obligations des parties et, enfin, les modes spécifiques d'extinction. Nous nous permettrons toutefois d'opérer par renvoi lorsque les développements sur telle ou telle question seront identiques pour les deux droits.

020 Emphytéose et superficie : une histoire commune

L'histoire des droits d'emphytéose et de superficie suit le cours de l'histoire politique belge. Au jour de l'adoption du désormais « ancien » Code civil en 1804, les Provinces belges étaient sous contrôle français. Les instruments législatifs de l'époque ne faisaient alors aucun cas du droit d'emphytéose et de superficie.

Les Provinces belges passées sous pavillon néerlandais en 1815, c'est naturellement que les juristes belges ont été associés aux travaux devant mener à l'adoption d'un Code civil néerlandais. Conscient toutefois de la nécessité d'adopter rapidement des instruments juridiques appelés à régir des contrats d'emphytéose ou de superficie déjà présents en pratique sans attendre l'adoption finale du Code civil néerlandais, le législateur néerlandais adopta anticipativement le 10 janvier 1824 deux lois réglementant respectivement le droit d'emphytéose et le droit de superficie.

En 1830, alors que les Provinces belges accèdent à l'indépendance et deviennent le Royaume de Belgique, sont encore en vigueur le Code civil français de 1804 et les deux lois particulières de 1824. Ces instruments seront conservés à l'occasion de l'indépendance. C'est ce qui explique que dès le départ, l'éventail des droits réels sur le bien d'autrui fût donc plus large en droit belge qu'en droit français¹.

Les droits d'emphytéose et de superficie sont ensuite progressivement tombés dans l'oubli. Ce n'est que dans le courant des années soixante que la pratique, attirée par la quasi-supplétivité des lois du 10 janvier 1824² jointe à la controverse d'alors quant au *numerus clausus* des droits réels, s'est à nouveau saisie des droits d'emphytéose et de superficie, profitant de leur souplesse, afin de mettre sur pied un nombre important de montages immobiliers.

1. Voir, sur l'histoire des droits de superficie et d'emphytéose, not., C. ASSER'S, *Handleiding tot de beoefening van het nederlandsch burgerlijk recht*, Tweede Deel – Zakenrecht, 7^e éd., mise à jour par P. SCHOLTEN, Kluwer, 1933, pp. 276 à 278.
2. À l'exception des dispositions relatives à la durée des droits de superficie et d'emphytéose (voir les articles 4 et 8 de la loi sur la superficie et 2 et 17 de la loi sur l'emphytéose) ; voir, not., évoquant cette quasi-supplétivité, H. VANDENBERGHE et T. VIAENE, « Actuele ontwikkelingen inzake erf-pacht en opstal », *T.B.C.*, 2006, pp. 34 et s., n^{os} 1 et s. ; Bruxelles, 26 mai 1975, *Rev. not. belge*, 1976, p. 320, obs. P.C. ; Gand, 26 mars 2004, *N.J.W.*, 2004, p. 1170.

L'utilisation importante de l'emphytéose et de la superficie posait cependant des problèmes, notamment parce qu'elle reposait sur ces deux anciennes lois datant de 1824, demeurées inchangées jusqu'à l'adoption de la loi du 25 avril 2014, loi qui se limitait principalement au champ d'application du droit de superficie. De nombreuses interprétations divergentes de ces lois rédigées il y a deux siècles ont fleuri, entraînant leur lot de controverses qui auraient incontestablement conduit au déclin de ces deux figures juridiques si l'on n'avait pas veillé à la préservation de leur essence juridique¹.

Le législateur de 2020, conscient du potentiel de ces deux figures juridiques, les a soigneusement maintenues dans le *numerus clausus* des droits réels. De plus, dans le cadre de ses efforts d'intégration du droit des biens, l'un des axes majeurs de la réforme de 2020, il a regroupé au sein du Code civil les dispositions du droit des biens, parfois dispersées dans d'autres codes ou énoncées dans des lois spécifiques, en vue d'obtenir un droit plus accessible et cohérent². L'inclusion des deux lois du 10 janvier 1824 en tant que titres 7 et 8 du Livre 3 du Code civil illustre parfaitement cette démarche.

030 Emphytéose et superficie : deux droits réels d'usage distincts quant à leur essence

L'article 3.1 porte : « Les parties peuvent déroger aux dispositions du présent Livre ». Par ces mots, le législateur reconnaît le caractère, en principe, supplétif des règles appelées à régir le droit des biens. Toutefois, cette disposition préserve les définitions, auxquelles aucune dérogation n'est permise, ainsi que les dispositions au sujet desquelles la loi indique expressément qu'elles ne sont pas supplétives ou qui sont formulées de manière contraignante.

En ce qui concerne les définitions, il n'est pas tant question du caractère impératif ou d'ordre public des dispositions contenant des définitions, mais plutôt du fait que les définitions des concepts juridiques s'imposent en elles-mêmes suite à des opérations de qualification réalisées par le juge. Cette observation revêt une importance particulière, notamment dans un système dit « fermé » de droits réels : l'article 3.3 du Livre 3 énonce en effet que seul le législateur peut créer de nouveaux types de droits réels et énumère ensuite les droits réels, au rang desquels nous retrouvons : la propriété, la copropriété, les droits réels d'usage (servitude, usufruit, emphytéose, et superficie) ainsi que les sûretés réelles (priviléges spéciaux, hypothèque, gage et droit de rétention). Dans ce contexte, chaque droit réel doit présenter sa spécificité pour maintenir son utilité.

Avant d'aborder toute question particulière dans ce domaine, il est donc essentiel de souligner les caractéristiques distinctives de l'emphytéose et de la superficie. Les articles 3.167 et 3.177 révèlent que le droit d'emphytéose se caractérise essentiellement par le plein usage et la pleine jouissance d'un bien immeuble appartenant à autrui. Bien que l'emphytéose puisse, en vertu des articles 3.172 et 3.182 lus conjointement, construire, planter, voire acquérir des ouvrages ou plantations, cela reste une faculté accessoire et ne relève pas de l'essence même du droit d'emphytéose. Quant au droit de superficie, son essence réside dans la concession de la propriété (en principe temporaire)

1. Voir, P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », in *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, CUP, vol. 218, sous la direction de P. LECOCQ, Liège, Anthemis, 2022, p. 160.
2. Voir, pour un exposé des axes majeurs de la réforme, P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens : contextualisation méthodologique et tendancielle », in *Le nouveau droit des biens*, P. LECOCQ, N. BERNARD, I. DURANT, B. MICHAUX, J.-Fr. ROMAIN et V. SAGAERT (éd.), Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 2 et s.

d'un volume sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, dans le but d'y avoir des ouvrages ou des plantations. On perçoit aisément la différence d'essence qui existe entre emphytéose et superficie¹.

Malgré cette différence d'essence, la pratique a trop souvent confondu ces deux figures juridiques. En effet, de nombreux projets immobiliers ont été organisés autour d'un droit d'emphytéose en lieu et place d'un droit de superficie. Cette tendance s'expliquait d'abord par le fait que là où la durée maximale du droit d'emphytéose était fixée à 99 ans, la superficie se voyait affublée d'un terme maximum de 50 ans. Ensuite, le recours à un droit d'emphytéose plutôt qu'à un droit de superficie permettait d'écartier la controverse d'alors liée au champ d'application potentiel du droit de superficie². Ce mésusage des droits d'emphytéose et de superficie a mené certains à suggérer, lors de la consultation publique de décembre 2017 et janvier 2018 sur l'avant-projet de réforme du Livre II du Code civil de 1804, de ne conserver qu'un seul des deux droits³.

Gageons que les réformes de 2014, ayant tranché la controverse quant au champ d'application potentiel du droit de superficie, et celle de 2020, ayant aligné le terme maximal du droit de superficie sur celui du droit d'emphytéose pour le porter à 99 ans, inciteront la pratique à respecter l'essence des droits d'emphytéose et de superficie, mettant ainsi fin au mésusage de ces deux droits.

1. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 161.
 2. Quant à cette controverse, voir *infra* n° 270 et s.
 3. Voir, pour la chronologie des étapes ayant conduit à l'adoption de la loi du 4 février 2020, P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens : contextualisation méthodologique et tendancielle », *op. cit.*, n°s 4, 5 et 6.

Chapitre 1^{er}. Droit d'emphytéose

SECTION 1^{RE}. CONTOURS GÉNÉRAUX : DÉFINITION, OBJET ET DURÉE

SOUS-SECTION 1^{RE}. DÉFINITION

040 **Les caractéristiques essentielles du droit d'emphytéose**

Sous l'empire de la loi de 1824 sur l'emphytéose, le droit d'emphytéose était défini comme : « *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* ».

La loi de 1824 abrogée, c'est l'article 3.167 du Code civil qui définit désormais le droit d'emphytéose comme suit : « *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. 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 ; il peut, sauf clause contraire, modifier la destination de l'immeuble* ».

S'agissant d'une définition, les parties ne peuvent, sauf la réserve du dernier alinéa, y déroger par contrat¹. Par conséquent, tous les éléments essentiels repris à l'article 3.167 du Code civil doivent être présents pour qu'un droit réel d'usage puisse être qualifié de droit d'emphytéose, à savoir : la qualification de droit réel d'usage, un droit de plein usage et de pleine jouissance portant sur le bien immeuble par nature ou par incorporation d'autrui et une interdiction de diminuer la valeur du bien grevé. Notons que l'obligation de paiement d'un canon annuel a disparu avec la réforme et ne constitue dès lors plus une caractéristique essentielle d'un droit d'emphytéose. Si la possibilité de modifier la destination du bien est un élément essentiel du droit d'emphytéose, le législateur a permis, exceptionnellement, qu'une clause contraire l'exclue, et ce afin de ne pas empêcher la pratique existante sur ce point².

050 **L'emphytéose : un droit réel d'usage**

Le droit d'emphytéose est un droit réel d'usage : cela implique qu'il se voit appliquer les dispositions générales du Titre 1 du Livre 3 concernant les droits réels (d'usage), sous réserve de dérogation spécifique au droit d'emphytéose consacrée par le Titre 7 du même Livre. Il s'agit notamment des règles relatives à l'acquisition et à l'extinction des droits réels (d'usage) et des règles relatives à la publicité foncière. Cela signifie également que les règles (impératives) en matière de bail (de résidence principale,

1. Voir P.-Y. ERNEUX et I. GERLO (coord.), *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, Limal, Anthemis, 2021, n° 11; S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, « Les principes généraux du droit des biens (titre 1^{er} du nouveau livre 3 du Code civil et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020) », in N. BERNARD et V. DEFRAITEUR (dir.), *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, Bruxelles, Larcier, 2021, n° 8.
2. Voir V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, t. V, Goederenrecht*, Malines, Kluwer, 2021, n° 999.

commercial, à ferme) ne s'appliquent pas au droit d'emphytéose¹. La pratique use d'ailleurs fréquemment de la figure juridique de l'emphytéose pour s'écarte du carcan parfois plus contraignant des règles en vigueur en matière de bail.

À cette qualification de droit réel s'attachent également le principe d'antériorité et le droit de suite qui en découle et le droit de préférence, en tant que protection contre l'insolvabilité². Le titulaire du droit d'emphytéose, droit réel d'usage, jouit également du pouvoir de disposition qui veut que le titulaire d'un droit réel d'usage puisse céder et hypothéquer son droit, étant toutefois entendu que ce pouvoir de disposition peut lui-même être modélisé.

060 Le droit d'emphytéose : un plein usage et une pleine jouissance de l'immeuble d'autrui

L'emphytéose confère à l'emphytéote les droits d'usage et de jouissance les plus étendus que l'on puisse avoir sur le bien d'autrui. Par souci de cohérence avec l'ensemble du nouveau droit des biens et afin de ratifier formellement la pratique antérieure, la notion d'usage est ajoutée expressément dans la nouvelle définition³. Les termes « usage » et « jouissance » renvoient directement aux prérogatives du propriétaire⁴.

070 Le droit d'emphytéose : l'interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble grevé

La seule restriction à ce droit de plein usage et de pleine jouissance est que l'emphytéote ne peut rien faire qui réduise la valeur du bien. Le législateur réserve toutefois les diminutions de valeur résultant de l'usure normale, de la vétusté ou de la force majeure. Incluse dans la définition du droit d'emphytéose, cette interdiction constitue un élément essentiel de l'emphytéose et les parties ne peuvent s'en écarter par contrat⁵. Notons qu'il n'est pas question ici d'une obligation d'amélioration du bien, mais uniquement de ne rien faire qui ferait perdre de la valeur au bien⁶.

La durée, par essence étendue, du droit d'emphytéose peut rendre malaisée l'application de cette obligation. Se posent notamment la question du moment où la valeur de référence est fixée ainsi que la question du moment du contrôle du respect de l'obligation. Ni les dispositions du Livre 3 ni les travaux parlementaires n'apportent de réponse à ce sujet. Une part de la doctrine, que nous rejoignons, renvoie au régime de l'article 3.16, 4^o, du Code civil⁷ et estime que la valeur de référence à prendre en compte est la valeur du bien au moment de la constitution du droit d'emphytéose et

1. Concernant la différence entre l'emphytéose et le bail, voir p. ex. : C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOF-FAUX et J. THILMANY, « Emphytéose et superficie », *Rép. not.*, t. II, *Les Biens*, liv. 6, Bruxelles, Larcier, 2015, n° 30 ; J. HANSENNE, *Les biens*, t. II, Liège, Éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1996, n° 1218-1219.
2. À cet égard, voir not. P. LECOCQ et R. POPA, « Titre 1 - Dispositions générales », in N. BERNARD *et al.* (dir.), *Le nouveau droit des biens*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 15-64.
3. Voir N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Bruxelles, Anthemis, 2022, n° 1557.
4. Voir N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », in N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 237.
5. Voir M. MUYLLE, « Erfpacht », in V. SAGAERT, J. BAECK *et al.* (éd.), *Het nieuwe goederenrecht*, Anvers-Gand-Cambridge, Intersentia, 2021, p. 444.
6. Voir P.-Y. ERNEUX et I. GERLO (coord.), *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, op. cit., n° 266.
7. Qui prescrit que : « la déchéance, prononcée par le juge, 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, 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. Le constituant d'un droit réel d'usage peut aussi 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 ».

que l'interdiction de diminution de la valeur doit être évaluée pendant la durée du droit, le constituant pouvant intervenir, sans être contraint d'attendre la fin du droit¹.

Surgit toutefois la question de l'emphytéose qui détruirait le bien grevé en vue de sa reconstruction. Les auteurs qui évoquent la question considèrent que la solution reste identique à celle défendue sous l'empire de la loi de 1824, même si cette contrainte figure dans la définition elle-même du droit : c'est dans une perspective à long terme qu'il convient d'apprécier s'il y a diminution de valeur, *quod non* si à l'issue de la reconstruction le bien grevé du droit d'emphytéose a au moins une valeur identique².

080 Le droit d'emphytéose : un droit qui peut désormais être constitué à titre gratuit

Traditionnellement, selon l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi sur l'emphytéose de 1824, en reconnaissance du droit de propriété du constituant, l'emphytéose devait s'acquitter du paiement d'une redevance périodique appelée le « canon ». La doctrine majoritaire estimait que l'obligation de paiement d'un canon annuel était une composante essentielle du droit d'emphytéose : sans le paiement d'un canon, aucun droit d'emphytéose n'était possible³.

Historiquement, l'obligation de payer une redevance périodique était motivée par la crainte qu'avec le temps, et vu le caractère étendu des prérogatives de l'emphytéose, des doutes ne surgissent quant aux droits résiduaires de propriété du constituant, de sorte que l'obligation de payer un canon rendait peu probable l'acquisition par prescription, du moins en dehors de tout titre⁴ ; on retrouvait d'ailleurs cette préoccupation dans la définition même du droit d'emphytéose, qui fait en effet référence à la « reconnaissance du droit de propriété »⁵.

Aujourd'hui, ce raisonnement historique est dépassé, notamment eu égard à l'allongement de la durée de vie moyenne. En outre, il a été constaté que, dans la pratique, les parties s'accordaient régulièrement sur un canon purement symbolique⁶. C'est donc assez logiquement que le législateur de 2020 a décidé de ne plus inclure l'obligation de paiement d'un canon comme élément essentiel dans la nouvelle définition du droit d'emphytéose à l'article 3.167 du Code civil. Le canon n'en devient pas pour autant interdit. Les parties pourront toujours convenir contractuellement du paiement périodique d'un canon, du paiement d'un canon unique lors de la constitution du droit d'emphytéose ou de la constitution d'un droit d'emphytéose à titre gratuit.

1. Voir A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *Jurim.*, 2022/2-3, p. 246.
2. Voir V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, t. V, *Goederenrecht*, op. cit., n° 1041 ; N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, in N. BERNARD et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 239 et 240 ; B. PIRLET, Titre 7 - Droit d'emphytéose », in N. BERNARD et al. (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 330 et 331.
3. Voir V. SAGAERT, « Goederenrecht », op. cit., p. 573 ; G. BLOCKX, F. LENST et L. WYNANT, *Erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden*, coll. *Reeks Notariële Praktijkstudies*, Malines, Kluwer, 2006, p. 21 ; M. DONNAY, « L'emphytéose », *Rec. gén. enr. not.*, 1974, p. 220, n° 11 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht*, V, *deel IIB*, Gand, Story-Scientia, 1984, p. 856 ; C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, « Emphytéose et superficie », op. cit., n° 76.
4. S. BOUFLLETTE, P. LECOCQ, R. POPA et A. SALVE, « Chapitre II - Naissance », in *Manuel de droit des biens - Tome 2*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 461-467.
5. Voir V. SAGAERT, « Goederenrecht », op. cit., pp. 573-574 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, op. cit., p. 872, n° 1006.
6. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 312.

090 Le droit d'emphytéose : sous réserve de dérogation contractuelle, un droit qui permet à son titulaire de modifier la destination du bien

Sauf dérogation contractuelle, l'emphytéote peut modifier la destination du bien. Cette possible modification de la destination distingue d'ailleurs usufruit et emphytéose¹. Cette prérogative a toutefois, en pratique, souvent été limitée, voire exclue, contractuellement. Ceci paraît compréhensible lorsque l'on se rappelle que le droit d'emphytéose a été utilisé, à la place du droit de superficie selon nous, aux fins de réaliser des ouvrages ou plantations, dans le cadre de montages immobiliers prédefinis. En conséquence, le législateur de 2020 a, tout à la fois, inséré dans la définition du droit d'emphytéose, à l'article 3.167, le pouvoir de modifier la destination de l'immeuble grevé d'un droit d'emphytéose et prévu la possibilité d'une clause contraire, précision nécessaire au regard de l'article 3.1 qui énonce que les parties ne peuvent déroger aux définitions².

SOUS-SECTION 2. QUALITÉ DU CONSTITUANT

100 Qui est autorisé à constituer un droit d'emphytéose ?

Un des marqueurs de la réforme de 2020 du droit des biens est certainement la multiplication des constituants potentiels d'un droit réel. Ainsi, dans cette droite lignée, l'article 3.168 du Code civil porte que : « 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 ».

On identifie donc désormais, par rapport au texte antérieur, les personnes aptes à constituer un droit d'emphytéose : outre, classiquement, le propriétaire, on trouve donc le « titulaire d'un droit réel d'usage », ce qui représente une extension notable vu que *l'abusus*, et notamment la constitution de droits réels d'usage, est réservé en principe au propriétaire. Le superficiaire et l'emphytéote lui-même, de même que l'usufruitier, étaient déjà admis, sous le régime de la loi de 1824, à constituer un droit d'emphytéose mais sur les constructions érigées par eux et dont ils sont propriétaires (temporaires) en vertu d'une superficie, principale ou conséquence. Au-delà, la question était controversée. Le législateur de 2020 a tranché : s'inspirant de la réforme de la loi de 1824 sur le droit de superficie opérée en 2014, le législateur de 2020 a opté pour la souplesse en termes de constituants possibles des différents droits réels d'usage, afin de permettre les superpositions de droits réels pour répondre au mieux aux attentes actuelles des pratiques immobilières³. On attirera l'attention du lecteur sur le fait que c'est expressément – et très logiquement – « dans les limites de son droit » que le titulaire du droit réel d'usage est fondé à constituer un droit d'emphytéose sur le bien grevé dudit droit réel⁴.

1. Voir P. LECOCQ, F. BOUSSA, I. DELANGE, et L. DERU, « 3 - Questions choisies de droit des biens à l'attention du monde notarial », in Y.H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales – Volume 77*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 334-335.
2. Voir, sur ce point, V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, t. V. Goederenrecht*, Malines, Kluwer, 2021, n°s 998 et 999.
3. Voir, sur ce point, A. FERRACCI, *Les combinaisons des droits réels, Indivisions et démembrements en matière immobilière*, Paris, LGDJ, 2020, 464 p.
4. Voir N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », *op. cit.*, p. 242.

SOUS-SECTION 3. DURÉE DU DROIT D'EMPHYTÉOSE

110 Un droit long par essence

Sous l'empire de l'ancien régime, la durée du droit d'emphytose devait être comprise entre 27 et 99 ans. À cet égard, l'article 17 de la loi de 1824 énonçait que ces limites minimum et maximum n'étaient pas supplétives. L'emphytose est, toujours à l'heure actuelle, le seul droit réel qui se voit imposer une durée minimale légale : ce plein usage et cette pleine jouissance doivent durer dans le temps¹.

Cette idée de base, contraignante, est reprise dans le Livre 3 à l'article 3.169, qui énonce désormais que « Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit d'emphytose ne peut être inférieure à quinze ans ni supérieure à nonante-neuf ans ». Le minimum a donc été légèrement abaissé, tandis que la durée maximale reste de 99 ans. On notera que cette limite maximum ne fait plus figure d'exception étant entendu que la durée maximale de principe de l'usufruit et du droit de superficie a été alignée sur celle de l'emphytose.

La sanction la plus communément admise, spécialement en doctrine², en cas d'emphytose dont la durée conventionnelle excéderait 99 ans est la réduction du terme au maximum légal. Quant au minimum, si certains ont prôné la prolongation jusqu'au terme minimal d'une emphytose initialement convenue pour une durée plus courte³, la plupart du temps, la durée étant un élément essentiel de l'économie du contrat, c'est plutôt la requalification en un bail qui est défendue, comme plus conforme à la volonté des parties⁴. Ces solutions ne sont pas remises en cause dans le Livre 3⁵. On notera toutefois que, puisque le contrat d'emphytose peut être conclu à titre gratuit, la requalification en un bail, nécessairement onéreux, ne sera, dans cette hypothèse, pas permise. On notera encore que désormais, la prorogation est expressément visée par l'article 3.169, sans pouvoir excéder au total 99 ans. Le droit d'emphytose peut être renouvelé, mais uniquement de l'accord exprès des parties, le tout sans jamais pouvoir se lier à l'avance pour un terme excédant 99 ans⁶.

120 Cas unique d'emphytose perpétuelle

L'article 3.169 consacre une opinion déjà défendue sous l'empire de la loi de 1824⁷ : exceptionnellement le droit d'emphytose peut être perpétuel, lorsqu'il est accordé par le propriétaire de l'immeuble⁸, à des fins de domanialité publique, car il doit pouvoir se poursuivre tant que durent l'affectation publique et la poursuite de l'intérêt général en question. Cette hypothèse est à distinguer de l'article 3.45 du Code civil : il s'agit là de grever un bien du domaine public d'un droit réel ou personnel d'usage, à

1. Voir P. LECOCQ, « Emphytose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 175.
2. Voir, not., M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, Anvers – Cambridge, Intersentia, 2012, n° 254 ; voir aussi, en jurisprudence déjà ancienne, Gand, 2 août 1882, *Pas.*, 1883, III, p. 17, selon laquelle « Dans l'ancien droit belge, le terme le plus commun de l'emphytose temporaire était de 99 ans. Les parties qui ont fait un bail emphytéotique temporaire, sans en déterminer la durée, sont censées l'avoir fait pour le terme le plus en usage ».
3. Voir C. MOSTIN, *Emphytose et superficie. Aspects civils*, *op. cit.*, n° 22.
4. Voir I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 0478 ; V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, *V. Goederenrecht*, Malines, Kluwer, 2014, n° 691.
5. Voir, not., V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, *V. Goederenrecht*, Wolters Kluwer, 2021, n° 1010 ; N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, *op. cit.*, n° 1565.
6. Voir P. LECOCQ, « Emphytose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 175.
7. Voir M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, *op. cit.*, n° 255 ; I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 0479.
8. Vu la perpéttuité, on assiste dans ce cas à un retour au principe : seul le propriétaire du bien, et non pas tout titulaire d'un droit réel d'usage sur ce bien, peut constituer ce type de droit d'emphytose.

certaines conditions, tandis qu'il s'agit ici d'octroyer sur un bien un droit d'emphytéose à une personne qui y réalisera un projet relevant du domaine public, et qui doit donc pouvoir durer tant que cette affectation se poursuit, d'où la perpéтуité¹.

On attirera l'attention du lecteur sur un point particulier : bien que potentiellement perpétuel, le droit d'emphytéose reste un droit réel d'usage. Partant, il reste notamment soumis aux modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage visés à l'article 3.16. Le caractère éventuellement perpétuel d'un droit d'emphytéose ne le fait donc pas échapper, par exemple, à son extinction par non-usage.

Dans le même ordre d'idée, on relèvera l'article 3.175 qui prévoit l'extinction du droit d'emphytéose par la perte de toute utilité. Le législateur de 2020 a considéré que la recherche d'un droit des biens fonctionnel et plus social commandait que même des prérogatives *a priori* aussi larges que le droit d'emphytéose et le droit de superficie puissent être supprimées pour cause de perte de toute utilité. Il faut cependant que toute utilité, même future et même potentielle, ait disparu. Cette disposition ne vaut que pour un droit perpétuel qui a déjà duré plus de 99 ans, soit la limite maximale légale de principe. Seul un juge pourra faire ce constat².

130 Extinction anticipée du droit d'emphytéose : *quid du terme minimum ?*

On le sait, un terme extinctif inférieur à 27 ans hier, 15 ans aujourd'hui, est clairement *contra legem*. Toutefois, se posent toute une série de questions sur la validité de clauses ou de contrats susceptibles d'entraîner une fin prématurée de l'emphytéose, de même que l'opportunité d'admettre certaines causes d'extinction de l'emphytéose.

Il en va ainsi des conventions de renonciation anticipée. Elles sont généralement admises à moins que d'autres éléments corroborent le fait que, depuis le début, il n'y avait jamais eu en réalité de droit d'emphytéose, mais, par exemple, une vente avec transfert différé de la propriété des constructions³. Dès lors, la fin anticipée de l'emphytéose serait, dès le début, un élément de l'acte constitutif, auquel cas il y aurait violation des règles concernant la durée minimale. Sont également applicables les causes d'extinction – notamment celles relevant du droit des obligations – nullité, résolution, clauses résolutoires, voire conditions résolutoires à condition qu'elles ne soient pas purement potestative, ... Les articles 3.15 et 3.16 du Code civil s'appliquent, respectivement, à tous les droits réels et aux droits réels d'usage (et donc au droit d'emphytéose)⁴.

La balise pour que les causes d'extinction soient susceptibles de jouer avant le délai minimal est, d'une part, qu'elles ne traduisent pas, dès le début, la volonté des parties de violer cette durée minimale et, d'autre part, elles ne permettent aucune extinction du fait de la seule volonté d'une des parties. Cette solution est consacrée à l'article 3.174 qui énonce : « Le droit d'emphytéose s'éteint par les causes visées aux articles 3.15 et 3.16 même si elles se produisent avant le délai minimal de quinze ans. Cependant, 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 ».

1. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 175.

2. *Ibid.*, p. 180.

3. Comparer, pour un cas de transfert différé de la propriété, Décision Enr., 24 avril 2001, *Rec. gén. enr. not.*, 2002, p. 277 ; *Rev. not. belge*, 2004, p. 222, relevant le paiement d'un capital correspondant à la valeur vénale du bien, avec une redevance annuelle symbolique et une option d'achat pour un prix dérisoire.

4. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 180.

140 Renonciation au droit d'emphytéose : *quid du terme minimum ?*

L'article 3.15 du Code civil permet à l'emphytéote de renoncer à son droit. Il faut toutefois garder à l'esprit le terme minimum de 15 ans. Il est admis que la renonciation unilatérale, pas plus que le jeu d'une clause de résiliation unilatérale, ne doivent être autorisées car elles violent le terme minimum impératif en ne dépendant daucun autre élément que la volonté d'un des protagonistes¹. Cette renonciation ne pourrait être admise qu'une fois le terme minimum de 15 atteint.

En matière de renonciation, on gardera à l'esprit le prescrit de l'article 3.17, en son alinéa 2, qui porte que « La renonciation à un droit réel vaut seulement pour l'avenir. Si le droit réel est né par un acte juridique à titre onéreux, la renonciation ne porte pas atteinte aux obligations personnelles, présentes et futures, dues en contrepartie de la constitution de ce droit ». L'emphytéote est tenu d'une série d'obligations corrélatives à la pleine jouissance de l'immeuble. La plupart concernent le bien en tant que tel : obligation d'entretenir, de payer les impôts, etc. et constituent le pan négatif de la jouissance de l'emphytéote. Elles dérivent du droit lui-même et non du contrat qui l'a éventuellement fait naître et sont liées au bien. On considérera par conséquent que l'emphytéote devra supporter ces obligations à la condition qu'elles existent déjà au moment de la renonciation, mais qu'il doit en être libéré pour l'avenir².

En ce qui concerne le canon, la justification de la réserve émise à l'article 3.17, alinéa 2, réside dans la suppression de son caractère obligatoire et son exclusion de la définition du droit d'emphytéose. Ainsi, si une obligation personnelle (généralement le paiement d'une somme d'argent) est stipulée contractuellement en échange de la constitution du droit d'emphytéose, il convient alors de faire prévaloir la logique du droit des contrats. Dès lors, la force obligatoire des conventions s'applique : l'emphytéote a la liberté de renoncer à son droit, mais il ne peut se libérer unilatéralement de ses obligations personnelles purement contractuelles³.

SOUS-SECTION 4. OBJET DU DROIT D'EMPHYTÉOSE

150 Un immeuble par nature ou par incorporation

L'article 3.167 du Code civil nous enseigne que le droit d'emphytéose porte nécessairement sur un immeuble⁴. Plus précisément, le texte de l'article 3.167 se réfère aux immeubles par nature et par incorporation.

Le seul véritable immeuble par nature est le fonds de terre, dans sa triple dimension⁵. Le législateur de 2020 a en effet intégré la réalité tridimensionnelle de la propriété dans le Code civil : « sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions ». Cette conception de l'immeuble n'est pas nouvelle et était défendue depuis longtemps en doctrine et en jurisprudence⁶. La nouveauté ne réside donc pas dans le fait de reconnaître l'existence

1. Voir V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, V. Goederenrecht*, éd. 2014, *op. cit.*, n° 722 ; voir aussi M. MUYLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, *op. cit.*, n° 278.
2. Voir, not., V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, V. Goederenrecht*, éd. 2021, *op. cit.*, n° 1055.
3. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 183.
4. Voir C. MOSTIN, A. CULOT, B. GOFFAUX et J. THILMANY, « Emphytéose et superficie », *op. cit.*, n° 15.
5. Voir O. EVRARD et R. POPA, « L'immobilisation par incorporation hier, aujourd'hui et demain : évolution d'un concept jurisprudentiel », *Jurim.*, 2020/2, pp. 39-49.
6. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 117.

des volumes, mais bien dans le fait de les désigner expressément de façon contemporaine et fonctionnelle dans la définition des immeubles par nature.

Quant aux immeubles par incorporation, le Code civil met la notion de composante inhérente au cœur de leur définition. Il convient donc de définir cette notion avant d'étudier plus avant la catégorie des immeubles par incorporation.

La composante inhérente d'un bien est définie à l'article 3.8 du Code civil comme « un élément nécessaire de ce bien qui ne peut en être séparé sans porter atteinte à la substance physique ou fonctionnelle de ce bien ». La composante inhérente manque de l'autonomie nécessaire pour fonder un droit réel¹, sauf exceptions permises par la loi². C'est à la conception socialement admise qu'il convient de se rapporter afin d'apprécier l'autonomie ou non d'un bien : la marge d'appréciation est considérable³.

Les alinéas 2 et 3 de l'article 3.47 proposent ensuite deux critères permettant de qualifier un bien d'immeuble par incorporation. D'une part, sont immeubles par incorporation les « ouvrages et plantations qui, s'incorporant aux immeubles par nature, en constituent une composante inhérente » (al. 2). D'autre part, sont également immeubles par incorporation « les composantes inhérentes de ces ouvrages et plantations, que ces composantes inhérentes soient incorporées ou non » (al. 3). On perçoit qu'il existe plusieurs degrés d'immobilisation par incorporation : les immeubles visés à l'alinéa 2 sont « immeubles par incorporation directement » alors que les immeubles visés à l'alinéa 3 sont « immeubles par incorporation indirectement »⁴. Ainsi, l'ouvrage ou la plantation qui est un élément nécessaire d'un immeuble par nature et incorporé à celui-ci de manière telle qu'il ne peut être détaché sans porter atteinte à la substance physique ou fonctionnelle de cet immeuble est un immeuble par incorporation au premier degré, soit directement. En revanche, les éléments nécessaires de cet ouvrage ou plantation sont immeubles par incorporation au deuxième degré/indirectement. On pourrait poursuivre le raisonnement en considérant que les éléments nécessaires des immeubles par incorporation au deuxième degré sont eux-mêmes immeubles par incorporation au troisième degré, soit indirectement⁵.

Une fois l'opération de qualification en immeuble examinée, deux catégories d'immeubles requièrent un examen particulier : les immeubles incorporels et les immeubles faisant partie du domaine public.

Immeubles incorporels

Sans aucun doute, le droit d'emphytéose peut porter sur des immeubles corporels au sens classique⁶. La controverse s'est plutôt nouée autour des immeubles incorporels

1. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 25.
2. Voir, quant au droit de superficie, P. LECOCQ, E. JADOU, N. GOFFLOT, L. DERU et R. POPA, « La réforme du droit des biens. Aspects notariaux », *op. cit.*, pp. 220 et s. ; P.-Y. ERNEUX et E. FRANSSENS, « Titre 8. Droit de superficie », in *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, Limal, Anthemis, 2021, pp. 239 et s. ; J.-Fr. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 371 et s.
3. Voir O. EVRARD, « Titre 2. Classification des biens », in *La réforme du droit des biens à l'attention du notariat*, Limal, Anthemis, 2021, p. 24, n° 20.
4. Voir C. ROUSSIEAU, « Titre 2. Classifications des biens », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 78.
5. Voir P. LECOCQ, E. JADOU, N. GOFFLOT, L. DERU et R. POPA, « La réforme du droit des biens. Aspects notariaux », *op. cit.*, p. 73.
6. Voir M. DONNAY, « L'emphytéose », *Rec. gén.*, 1974, n° 21803, p. 215, n° 5. On notera que la conception tridimensionnelle du fonds de terre implique nécessairement une part d'abstraction.

que sont les droits réels immobiliers (usufruit, emphytéose, etc.) et de la possibilité de grever ceux-ci d'un droit d'emphytéose¹.

Sur la base de la loi de 1824, une partie importante de la doctrine soutenait une telle possibilité de constituer des emphytées sur un autre droit réel d'usage². Dans la pratique, il est d'ailleurs courant de voir des droits d'emphytéose porter sur des emphytées existantes (généralement appelées sous-emphytées), sans que l'on distingue parfois s'il s'agit de sous-emphytées portant sur l'objet du droit d'emphytéose primaire ou sur le droit d'emphytéose lui-même³. Certains s'opposaient toutefois à une telle interprétation⁴.

La réforme de 2020 est venue trancher définitivement la question. Eu égard aux nombreuses possibilités de superpositions de droits réels sur un immeuble vu la multiplicité de constituants possibles⁵, il n'a point paru opportun de consacrer dans la réforme la thèse évoquée ci-dessus selon laquelle le droit d'emphytéose pourrait porter sur un autre droit réel d'usage, emphytéose ou autre. L'exposé des motifs énonce expressément : « (...) Il convient d'assurer à la fois la sécurité juridique et la flexibilité nécessitées par les besoins de la pratique. La définition proposée peut en effet être limitée à des biens immeubles par nature, y compris les volumes tels que visés au présent projet, et par incorporation, car elle doit être lue en combinaison avec l'article suivant. Selon celui-ci, les titulaires des droits réels d'usage et non point seulement le propriétaire d'un immeuble par nature ou par incorporation, peuvent, sur cet immeuble, dans les limites de leur droit, constituer un droit d'emphytéose. Dans ce cas, la controverse sur la possibilité de constituer un droit d'emphytéose sur un autre droit réel perd beaucoup de son ampleur, car d'autres combinaisons deviennent possibles si l'article 3.183 (à savoir l'article 3.168 aujourd'hui) est adopté. (...) »⁶.

Une alternative à la constitution d'un droit d'emphytéose sur un droit d'emphytéose, ce qui, comme nous l'avons vu est exclu, serait que l'emphytéote concède une nouvelle emphytéose sur le bien immeuble corporel lui-même, dans les limites de son propre droit. Cette alternative apporte un résultat très similaire. En effet, dans les deux cas, le « sous-emphytéote » bénéficie bien d'un droit de jouissance et d'usage sur le bien objet de sa « sous-emphytéose », dans les limites tout à la fois de son propre titre et du titre de l'emphytéose principale. Néanmoins, le résultat n'est pas tout à fait identique. On peut, à cet égard, relever trois différences entre les deux approches. D'abord, le droit de jouissance du « sous-emphytéote » porte sur le bien immeuble corporel et non sur les droits de l'emphytéote principal. Dès lors, il est certain qu'il ne bénéficiera pas des droits ou actions dont l'emphytéote principal dispose à l'encontre du propriétaire, mais devra exercer ses droits à l'encontre de son propre auteur. Ensuite, les parties devront veiller, davantage encore que sous l'empire de la

1. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 337 ; S. BOUFFLETTE, P. LECOCQ, R. POPA et A. SALVÉ, « Chapitre I - Notions de base », in *Manuel de droit des biens - Tome 2*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 445-460.
2. Voir I. DURANT, « Chapitre 3 – L'emphytéose », in *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 379, n° 492 ; C. MOSTIN, « Emphytéose et superficie : aspects civils et fiscaux », *Rép. not.*, t. II, I. IV, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 84 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van de vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbaarrheid », *N.F.M.*, 2004/6, p. 156, n° 36 ; A. VERBEKE et S. SNAET, « Meccano-goedenrecht », in *Vigilantibus ius scriptum. Feestbundel voor H. Vandenberghe*, Bruges, die Keure, 2007, p. 365.
3. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 338.
4. Voir P. LECOCQ, « Superficie, emphytéose et constructions », in *Zakenrecht/Droit des biens*, Bruges, la Chartre, 2005, p. 298.
5. Voir *supra* n° 100.
6. Voir 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*, Bruges, la Chartre, 2019, p. 342.

loi de 1824, à rédiger leurs actes de façon à éviter les requalifications. En effet, contrairement au scénario d'emphytéose sur immeuble incorporel, l'emphytéose principale et la sous-emphytéose ont le même objet : le bien immeuble corporel concerné. Il faudra donc veiller à ce que le contrat de « sous-emphytéose » ne soit pas requalifié en contrat de cession d'emphytéose. Enfin, le Code civil introduit une mesure protectrice en cas de disparition du droit réel principal. L'article 3.17 prévoit en effet que « [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 ». À cet égard, il convient de noter que la disposition ne protège que les droits acquis « sur le droit réel anéanti », ce qui ne vise dès lors, en tout cas au sens strict, que les droits sur des droits réels¹.

170 Les biens du domaine public

La possibilité de grever d'un droit d'emphytéose un bien du domaine public a également été source de controverses².

Les biens du domaine public sont traités à l'article 3.45 du Code civil. La première version de la disposition proposait de consacrer deux critères alternatifs pour caractériser le domaine public : l'affectation à l'usage de tous et l'affectation à un service public³. Cette définition a finalement fait l'objet d'un amendement, certains parlementaires ayant estimé que la question de l'affectation ne devait pas être réglée dans le Code civil et qu'il convenait de laisser la main aux sources de droit public⁴. C'est pourquoi le Code civil ne contient pas de définition du domaine public, si ce n'est qu'il se distingue du domaine privé grâce à son affectation à un besoin public particulier.

Quoiqu'il en soit, dans la vision classique, ces biens du domaine public ne pouvaient être grevés par un droit, personnel ou réel, qui entraverait leur affectation⁵. Traditionnellement, les droits réels, compte tenu de leur large portée, étaient exclus. Par la suite, la Cour de cassation a progressivement atténué cette rigueur de principe en matière de droits réels et a successivement estimé que le droit de servitude et le droit de superficie n'étaient pas incompatibles avec le domaine public, dans la mesure où ils ne faisaient pas obstacle à l'affectation publique⁶. S'est alors posée la question de la possibilité d'étendre l'enseignement de la Cour de cassation à d'autres droits réels⁷. Le droit d'emphytéose n'échappait pas à cette nouvelle controverse⁸.

À nouveau, la réforme de 2020 vient trancher la question. L'article 3.45 du Code civil s'est attaché à préciser les conséquences en droit des biens de l'appartenance d'un bien au domaine public. La principale conséquence de l'affectation d'un bien au

1. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 338.
2. Voir A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bruxelles, la Charte, 2013.
3. Voir, pour un état de la question, N. GOFFLOT, « Les choses, les biens et leurs classifications : examen du projet de réforme du droit des biens à la lumière des controverses actuelles », in (P. LE-COCQ, dir.) *Biens, propriété et copropriété : controverses et réformes*, coll. CUP, vol. 192, Bruxelles, Anthemis, 2019, p. 27.
4. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, Amendement n° 12, n° 55-0173/002, p. 17.
5. Voir H. de PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge, t. V, partie I, titre 1^{er}*, nos 744, 812 et 814.
6. Voir Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29 ; Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 78 et Cass., 18 mai 2007, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1727.
7. Voir D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE et M. PÂQUES, « Les droits réels démembrés », *Rép. not.*, t. XIV, I. VII, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 137.
8. Voir V. SAGAERT, « Opstal en openbaar domein : een doorbraak », note sous Cass., 18 mai 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 737.

domaine public réside dans son indisponibilité de principe : le bien est inaliénable, imprescriptible et insaisissable. Cependant, cette indisponibilité est relative, car l'article 3.45 réserve la possibilité de constituer un droit d'usage réel ou personnel sur un bien du domaine public, moyennant le respect d'une condition stricte : la destination publique de ce bien ne fait pas obstacle à la constitution du droit en question. Ce faisant, la réforme généralise l'enseignement de la Cour de cassation qui avait consacré la possibilité de constituer des droits de servitude et de superficie sur un bien du domaine public¹. Les auteurs du projet de loi lèvent toute ambiguïté sur le cas particulier de l'emphytéose, en précisant qu'« à titre d'exemple, aux conditions évoquées ci-dessus, il sera possible également de concéder un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public »². On notera toutefois une difficulté particulière à l'emphytéose : la durée minimum de 15 ans pourrait être peu aisée à concilier avec l'exigence que la destination publique du bien ne doit pas faire obstacle à la constitution du droit d'emphytéose³.

SECTION 2. MODES SPÉCIFIQUES D'ACQUISITION

180 Acquisition du droit d'emphytéose : le cas spécifique de la prescription acquisitive

La possibilité d'acquérir un droit d'emphytéose par prescription peut surprendre tant l'acte juridique reste la source la plus fréquente de constitution d'un droit d'emphytéose. Cependant, les modes originaires s'appliquent également à ce droit réel d'usage. C'est ce que nous enseigne l'article 3.14, § 1^{er} renvoyant aux modes originaires, dont la prescription acquisitive visée aux articles 3.26 et 3.27 du Code civil. La possibilité d'acquérir un droit d'emphytéose peut paraître saugrenue, mais pourrait se présenter en pratique. Aujourd'hui plus qu'hier d'ailleurs.

En effet, sous l'empire de la loi de 1824, le droit d'emphytéose ne pouvait, par essence, être constitué qu'à titre onéreux. Imaginer une possession, pur fruit d'une usurpation sans aucun titre sous-jacent, doublée du paiement d'un canon régulier, sans réaction pendant trente ans du véritable propriétaire, pouvait paraître relever de la pure « science-fiction » juridique. La suppression du caractère obligatoire du canon dans la réforme rend cette hypothèse un peu plus plausible, spécialement en cas d'extinction d'un droit d'emphytéose originairement contractuel et de maintien dans les lieux, avec interversion de détention⁴.

Sous l'ancien régime, la controverse existait quant à la durée totale du droit acquis, du moins en l'absence de tout titre. En effet, en cas de prescription acquisitive sans titre, le droit d'emphytéose est censé acquis pour la durée la plus longue possible, soit 99 ans. C'est quant au point de départ de la computation de ce délai de 99 ans que se nouaient les hésitations. Certains prétendaient qu'en cas de prescription acquisitive trentenaire, le délai maximal de 99 ans n'aurait commencé à courir qu'à compter de l'expiration du délai de trente ans nécessaire à l'accomplissement de la prescription. D'autres défendaient au contraire que, la prescription acquisitive jouant

1. Pour la constitution d'un droit d'emphytéose sur le domaine public, voir Cass., 15 mars 2018, *Pas.*, 2018, p. 551, commenté par N. GOFFLOT, « Les choses, les biens et leurs classifications : examen du projet de réforme du droit des biens à la lumière des controverses actuelles », *op. cit.*, pp. 22-23.
2. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 112.
3. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 341.
4. Voir pour nos commentaires dans un litige similaire, mais en matière de superficie, J. HANSENNE, avec la collaboration de P. LECOCQ, « Les biens », in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Vol. XXXI, Bruxelles, Larcier, 2000, n° 52.

avec effet rétroactif, le délai aurait commencé à courir dès le point de départ du délai de prescription¹. En cas de prescription acquisitive abrégée, la solution semblait moins controversée : la prescription acquisitive ne vient en effet que consolider un droit qui a pris naissance au moment du titre constitutif, ou au moment prévu par ce titre, et à la condition que la possession existe également à ce moment. La prescription ne peut en effet jouer qu'à l'égard de ce qui est précisément visé par le titre² et de la façon visée au titre, notamment en ce qui concerne la durée. C'est pour régler ces hésitations que le législateur de 2020 a écrit une règle spécifique d'acquisition à l'article 3.170 : « En cas d'acquisition par prescription, le droit d'emphytéose est censé établi pour nonante-neuf ans à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure. La durée du droit se compte à partir de l'entrée en possession utile ou à un moment postérieur fixé dans l'acte juridique »³. Cette solution est d'ailleurs parfaitement cohérente avec l'effet rétroactif de principe de la prescription acquisitive énoncé à l'article 3.26 *in fine* du Code civil : « (...) la prescription acquisitive produit ses effets à compter du jour où la possession utile a commencé ».

SECTION 3. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

190 Droits sur le droit

Confirmant le prescrit de l'article 3.6 du Code civil, l'article 3.171 du Code civil dispose que : « L'emphytéote peut céder et hypothéquer son droit d'emphytéose ». Ainsi, l'emphytéote peut aliéner son droit d'emphytéose ou le grever d'une hypothèque. Cette disposition étant supplétive, on peut imaginer que les parties écartent ce pouvoir par contrat.

La cession du droit d'emphytéose aura comme conséquence l'acquisition du plein usage et de la pleine jouissance sur le bien par le cessionnaire. On insistera sur le fait que cette cession ne pourra être envisagée que dans les limites du droit de l'emphytéote primaire.

Les conséquences de cette cession sont désormais réglées par l'article 3.6, alinéa 2, du Code civil. Ainsi, concernant les obligations personnelles qui constituent la contrepartie de la constitution du droit d'emphytéose et qui deviennent exigibles après la cession (par exemple, l'obligation pour l'emphytéote de payer un canon), l'emphytéote initial et le cessionnaire sont solidiairement responsables. Par conséquent, le constituant peut poursuivre à la fois l'emphytéote initial et le cessionnaire pour obtenir le paiement. L'emphytéote initial dispose toutefois d'un droit de recours à l'encontre du cessionnaire. Pour ce qui regarde les autres obligations attachées au droit d'emphytéose et qui deviennent exigibles après la cession (par exemple, l'obligation d'effectuer les réparations d'entretien et les grosses réparations), le cessionnaire est seul débiteur⁴.

1. Voir J. HANSENNE, *Les biens*, *Précis*, t. II, *op. cit.*, n° 1242, spécialement la note (58) ; M. MUYLLE, *De duur en de beëindiging van zakelijke rechten*, *op. cit.*, n° 459. Voir sur cette controverse, C. MОСТИН, *Rép. not.*, t. II, *Livre VI, Emphytéose et superficie, pour les aspects civils*, *op. cit.*, n° 43, et les auteurs y cités.
2. Voir J. HANSENNE, *Précis*, *Les biens*, t. I, *op. cit.*, n° 487 ; I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, n° 0499.
3. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 180.
4. Voir A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *Jurim.* 2022/2-3, p. 251.

On notera que l'article 3.171 reconnaît également à l'emphytéote le pouvoir d'aliéner les ouvrages et plantations dont il est propriétaire en vertu d'un droit de superficie-conséquence¹. Toutefois, il convient d'insister sur le fait que le superficiaire ne peut aliéner les ouvrages et plantations dont il est propriétaire qu'en alienant simultanément, totalement ou partiellement, son droit d'emphytéose².

200 Droits sur l'immeuble grevé

– *Droit à l'usage et la jouissance*

L'article 3.172 reconnaît en premier lieu à l'emphytéote le droit « à 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 ». À cet égard, cette disposition, et c'est heureux, s'aligne sur les mots de l'article 3.167 que nous avons déjà eu l'occasion d'étudier plus haut. Nous nous permettons donc de renvoyer le lecteur à nos développements précédents³.

– *Droit aux fruits et aux produits aménagés en fruits*

L'emphytéote se voit également reconnaître le droit aux fruits ainsi qu'aux produits aménagés en fruit. Selon leur définition classique, les fruits d'une chose sont ce que cette chose produit et reproduit périodiquement, sans altération de sa substance⁴. Sous l'empire de l'ancien Code civil, il existe trois types de fruits : les fruits naturels qui sont définis par l'article 583 du Code comme les produits spontanés de la terre, incluant le croîtr des animaux ; les fruits industriels qui résultent de la culture d'un fonds, et qui sont visés à l'alinéa 2 de la même disposition ; et enfin, les fruits civils. Concernant ces derniers, l'article 584 de l'ancien Code civil cite, à titre exemplatif, les loyers des maisons, les intérêts des sommes exigibles, les arrérages de rentes et les prix des baux à ferme. Les produits, quant à eux, se caractérisent généralement par une absence de périodicité, mais également et essentiellement par une altération de la chose dont ils proviennent⁵.

La réforme du droit des biens vient moderniser ces notions. C'est l'article 3.42, alinéa 1^{er}, qui définit les fruits d'un bien comme « ce que ce bien génère, périodiquement, sans altération de sa substance, que ce soit spontanément ou à la suite de sa valorisation » ; l'alinéa 2 définit les produits d'un bien comme « ce que rapporte le bien, mais qui en diminue la substance, immédiatement ou progressivement ». On le perçoit aisément, le pivot entre le concept de fruit et celui de produit réside dans l'altération ou non de la substance du bien. Par ailleurs, il convient de noter que la distinction entre fruits naturels, industriels et civils consacrée par l'ancien Code civil n'a plus cours. En effet, le législateur de 2020 leur a substitué la notion de fruits spontanés, qui recouvre la notion de fruits naturels, et la notion de fruits issus de la valorisation du bien, qui reprend les concepts de fruits industriels et civils⁶.

1. Sur ce concept, voir *infra* n° 370.

2. A cet égard, voir *infra* n° 380.

3. Voir *supra*, les points 040 et s.

4. Voir J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, op. cit., p. 1029, n° 1012.

5. Voir S. BOUFFLETTE, P. LECOCQ, R. POPA et A. SALVÉ, *Manuel de droit des biens - Tome 2*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 111.

6. Voir C. ROUSSIEAU, « Titre 2. Classifications des biens », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 73.

La notion de « produits aménagés en fruits » recouvre le cas où l'emphytéose se voit attribuer des produits lorsqu'il se contente de suivre un mode d'exploitation établi par le propriétaire avant l'ouverture de l'emphytéose¹.

– *Droit de réaliser tous ouvrages et plantations*

L'emphytéote peut, en vertu de son plein usage – voire doit, en vertu du contrat – réaliser des ouvrages ou plantations, en application de l'article 3.172, ouvrages et plantations dont il est propriétaire temporaire en toute hypothèse (désormais²).

Précisons qu'une distinction, au niveau des prérogatives de l'emphytéote, doit être apportée en fonction du type d'ouvrage ; l'article 3.172, alinéa 3, du Code civil dispose en effet : « 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 ; il ne peut détruire les ouvrages et plantations qu'il était tenu de réaliser ». Si le droit de superficie-conséquence³ reconnu à l'emphytéote n'est pas fonction du caractère obligatoire des constructions ou plantations qu'il a réalisées, ses prérogatives quant à ces ouvrages et plantations vont dépendre de son obligation, ou non, de les réaliser. S'il n'était pas obligé de les réaliser, l'emphytéote étant temporairement propriétaire des ouvrages qu'il acquiert ou réalise, il a le droit de les démolir : il n'a aucune obligation de les entretenir ou de les réparer. En revanche, pour les ouvrages et plantations pour lesquels une obligation de réalisation incombe à l'emphytéote en vertu du contrat, ce dernier ne pourra les détruire et aura l'obligation de les entretenir⁴.

210 Obligations des parties

– *Obligation d'acquitter les charges et impositions*

La première obligation que le législateur impose à l'emphytéote est celle d'acquitter « 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 ». Cette obligation semble somme toute logique dans la mesure où, en tant qu'emphytéote, d'une part, il a la « pleine » jouissance du bien et doit dès lors supporter toutes les charges et impositions qui y sont liées et, d'autre part, il est le propriétaire temporaire des ouvrages qu'il a réalisés sur la base de son droit de superficie-conséquence.

Aucune distinction n'est à opérer selon la nature des charges et impositions. Par conséquent, tant les charges récurrentes que les charges non récurrentes et autres impositions sont supportées par l'emphytéote. On pense ici en particulier au précompte immobilier. Sur ce point, droit civil et droit fiscal accordent leurs violons : conformément à l'article 251 du Code des impôts sur les revenus, le précompte immobilier est enrôlé dans le chef du titulaire du droit réel, en l'occurrence l'emphytéote⁵.

1. Voir P. LECOCQ, F. BOUSSA, I. DELANGE, et L. DERU, « 3 - Questions choisies de droit des biens à l'attention du monde notarial », in Y.H. LELEU (dir.), *Chroniques notariales – Volume 77*, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 65.
2. Voir quant à l'ancienne controverse en cas de constructions ou plantations obligées.
3. Voir *infra* n° 370.
4. Voir A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *Jurim.*, 2022/2-3, p. 252-253.
5. *Ibid.*, p. 254.

– *Obligation de réaliser les réparations d'entretien et grosses réparations*

Comme un écho à l'interdiction de diminuer la valeur de l'immeuble grevé¹ l'obligation de faire, toutes les réparations – au bien grevé d'emphytéose, mais également aux ouvrages et plantations obligés – pèse sur les épaules de l'emphytéote. Sont ici visées tant les réparations d'entretien que les grosses réparations.

Reste à régler le sort des réparations aux ouvrages et plantations érigés librement par l'emphytéote, qu'il peut démolir au demeurant. Ils sont expressément visés par l'article 3.173, alinéa final, dans la mesure où doivent pouvoir coexister divers droits d'usage sur un même bien, bien plus encore même lorsque l'on rappelle que le législateur a décidé de multiplier, avec des conditions certes, les constituants possibles de pareils droits. Par conséquent, il est prévu, à l'alinéa 3 de l'article 3.173, que l'emphytéote doit faire toutes les réparations rendues nécessaires pour l'exercice des autres droits réels d'usage existant sur l'immeuble² : c'est là le prix à payer pour permettre l'utilisation optimale d'une propriété immobilière dans sa dimension tridimensionnelle.

Quant aux notions de réparations d'entretien et de grosses réparations, le législateur renvoie aux dispositions en vigueur en matière d'usufruit.

L'article 606 de l'ancien Code civil définissait les grosses réparations comme « celles des gros murs et des voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières ; celles des digues et des murs de soutènement et de clôture aussi en entier ». Les réparations qui n'entrent pas dans l'une de ces catégories sont alors nécessairement des réparations d'entretien, quoique la jurisprudence permettait une interprétation souple de cette disposition³. En effet, la jurisprudence antérieure à la réforme s'inscrivait dans une perspective évolutive et synthétique. Ainsi, en est-il notamment de la décision du 26 juin 2015 du Tribunal de première instance d'Anvers⁴ ; dans cette affaire, un avocat et sa société professionnelle acquièrent conjointement un bien immobilier ; le premier achète la nue-propriété ; la seconde fait l'acquisition de l'usufruit pour une période de quinze ans ; la société fait effectuer à ses frais des travaux à la partie du bien immobilier qu'elle utilise à des fins professionnelles : isolation et chauffage au sol, installation électrique, conduites de chauffage central et nouveaux radiateurs, rénovation des sanitaires, nouvelle chape et nouveaux châssis ; s'agissant de la répartition des frais entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, le tribunal constate que, selon le Code civil, le premier « n'est tenu qu'aux réparations d'entretien, tandis que le second a la charge des grosses réparations » ; en l'espèce, rien n'indique que les parties aient convenu de déroger à cette répartition légale de sorte qu'il est par conséquent établi que l'avocat, en sa qualité de nu-propriétaire, a la charge des grosses réparations. S'agissant de cette notion de « grosses réparations », le tribunal observe que le Code civil doit faire l'objet d'une lecture « nuancée », en ce sens que, à l'époque de la rédaction de la définition des « grosses réparations », le législateur n'a pu prévoir l'incorporation aux immeubles d'agencements nouveaux qui répondent aux exigences de confort et d'efficacité de la vie moderne ; si l'on tient donc compte

1. Voir *supra* n° 070.
2. Pour rappel, en contrepartie, dans le même souci d'efficacité, le législateur prévoit à l'article 3.116 que « Outre les servitudes légales établies par le chapitre 3, 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 ».
3. En matière de bail, la situation est inverse : les réparations locatives sont listées par le Code civil, le bailleur étant tenu d'accomplir toutes les autres (voir N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, n° 778).
4. Voir Civ. Anvers, 26 juin 2015, *Cour. fisc.*, 2015, liv. 13, 851 ; *F.J.F.*, 2016, liv. 1, 18 ; *Fiscologue*, 2015, liv. 1447.

de « l'esprit de la loi », les travaux financés par la société constituent « indubitablement des grosses réparations », estime le tribunal ; ils ne devaient donc pas être pris en charge par la société, mais par l'avocat en sa qualité de nu-propriétaire ; dès lors que celui-ci n'a pas supporté le financement desdits travaux, c'est à juste titre que l'Administration l'a taxé sur un avantage de toute nature.

La réforme, suivant donc la jurisprudence, sonne le glas de l'énumération légale limitative au profit de définitions désormais « ouvertes ». Afin de pallier aux critiques de l'ancien régime, le législateur a en effet décidé de se référer à des catégories « non figées » plutôt qu'à une liste fermée des différents travaux à considérer comme étant de grosses réparations¹. L'article 3.154, § 1^{er}, du Code civil définit ainsi les grosses réparations comme celles « qui portent sur la structure du bien ou de ses composantes inhérentes ou dont le coût excède manifestement le prix des fruits »².

Loin de prétendre à l'exhaustivité, citons quelques autres exemples jurisprudentiels de travaux considérés comme étant des « grosses réparations » appliquant les anciennes dispositions, mais illustrant la perspective évolutive et synthétique voulue par le nouveau code. Selon le Tribunal civil de Bruxelles, le 9 août 2007, constituent des grosses réparations l'injection, dans les murs d'un immeuble, d'une substance destinée à contrer l'humidité ascensionnelle, ainsi que le cuvelage des caves en vue de combattre les infiltrations d'eau, outre les réparations faites aux installations sanitaires, à l'électricité, au chauffage et à la menuiserie extérieure dudit immeuble, conséquences de sa vétusté et de la technique de construction initialement choisie³. Le Tribunal de première instance d'Anvers estime, le 14 mai 2018, que le renouvellement d'une installation de chauffage constitue incontestablement une grosse réparation. Il en va tout particulièrement ainsi lorsque ces travaux sont effectués peu après l'acquisition d'un immeuble⁴. Aussi, suivant le juge de paix du second canton de Liège, dans un jugement du 16 octobre 2020, les travaux d'étanchéité des balcons de la résidence, dont le coût est évalué à plus de 150.000 €, rendus nécessaires par des défauts de conception, sont des grosses réparations à charge du nu-propriétaire ; de plus, il s'agit, en l'espèce, de travaux destinés à remédier à des malfaçons contemporaines à la construction de l'immeuble, antérieures à l'ouverture de l'usufruit, de sorte qu'il n'incombe pas à l'usufruitier de faire les réparations dont la nécessité existait déjà au jour de l'ouverture de l'usufruit⁵. Suivant le juge de paix de Gand, dans un jugement du 13 juillet 2020, l'obligation de réparation dans le chef du nu-propriétaire en vertu de l'article 606 de l'ancien Code civil doit être interprétée en fonction des normes de construction actuelles et particulièrement conformément aux normes de qualité du logement contemporaines, qui sont d'ordre public ; ainsi, des travaux d'isolation et de protection contre l'humidité sont bel et bien des grosses réparations à charge du nu-propriétaire parce que ces travaux résultent du mode de construction du bâtiment⁶. On relèvera également larrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 21 février 2022⁷ qui précise que le nu-propriétaire n'est pas tenu des grosses réparations lorsque

1. Voir P. LECOCQ et V. SAGAERT, « La réforme du droit des biens - De hervorming van het goede-rechtenrecht », in *De hervorming van het Burgelijk Wetboek – La réforme du Code civil*, op. cit., p. 325. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 291.
2. La composante inhérente d'un bien est définie à l'article 3.8 du Code civil comme « un élément nécessaire de ce bien qui ne peut en être séparé sans porter atteinte à la substance physique ou fonctionnelle de ce bien ».
3. Voir Civ. Bruxelles, 9 août 2007, *R.G.D.C.*, 2009, p. 125.
4. Voir Civ. Anvers (div. Anvers), 14 mai 2018, *Cour: fisc.*, 2018/11, p. 1014.
5. Voir J.P. Liège, *R.C.D.I.*, 2021/4, p. 22.
6. Voir J.P. Gand, 13 juillet 2020, *R.W.*, 2020-21/27, p. 1074 ; *T.B.O.*, 2020/5, p. 445.
7. Voir Anvers, 21 février 2022, *R.G.D.C.*, 2023/6, p. 311.

celles-ci sont imputables au non-respect par l'usufruitier de son obligation d'entretien ou lorsque les réparations étaient déjà nécessaires au début de l'usufruit ; s'il s'avère que les gouttières en PVC étaient déjà en mauvais état au début de l'usufruit et que le mauvais état des boiseries sur lesquelles ces gouttières ont été fixées est imputable à un défaut d'entretien, les frais de réparation sont à la charge de l'usufruitier. Il ne peut être inféré de la constatation que les panneaux en polycarbonate d'une véranda sont usés et ne garantissent plus aucune étanchéité que la structure porteuse même de la véranda est altérée. Leur remplacement n'est pas à la charge du nu-propriétaire. Les grosses réparations visées à l'article 606 de l'ancien Code civil concernent uniquement les travaux importants de rénovation et de transformation ayant pour but la solidité générale et la conservation de l'ensemble de l'immeuble, qui constituent une exception dans l'existence même du bien et dont le coût est normalement prélevé sur le capital.

Les réparations d'entretien, elles, constituaient, et constituent encore dans le Code civil, une catégorie résiduaire puisque l'ancien Code civil les définit négativement, en indiquant que toutes les réparations qui ne sont pas des « grosses réparations » au sens de l'article 606 de l'ancien Code civil sont des réparations d'entretien¹. Dès lors que ce qui n'entre pas dans la catégorie de « grosses réparations » relève de celle des « travaux d'entretien », nous identifions quelques exemples d'actes et travaux qui, selon la jurisprudence, sont de la responsabilité de l'usufruitier. Ainsi en est-il des travaux de réfection d'une terrasse et de la rénovation d'un ascenseur, selon le Tribunal civil de Bruxelles dans sa décision du 19 mai 2014, dès lors qu'ils n'ont pas pour finalité d'assurer la solidité générale ou la conservation du bâtiment ; en effet, des travaux de réfection d'une terrasse ou d'un ascenseur sont prévisibles et constituent la contrepartie de la jouissance et de la rentabilité de l'immeuble². Le juge de paix de Genk, dans sa décision du 4 décembre 2018, distingue quant à lui la notion de réparation d'entretien de celle de « grosse réparation » à travers la participation de l'usufruitier et du nu-propriétaire au fonds de roulement et au fonds de réserve ; ainsi, l'usufruitier étant tenu aux réparations d'entretien, la contribution au fonds de roulement est à sa charge puisque le fonds de roulement est constitué par la somme des avances faites par les copropriétaires à l'association des copropriétaires avec laquelle le syndic peut payer les dépenses périodiques ; le fonds de réserve, lui, est constitué par la somme des apports des fonds périodiques destinés à faire face à des dépenses non périodiques telles que la réparation ou le renouvellement d'un ascenseur, les gros entretiens apportés à la façade ou à la toiture du bâtiment, le renouvellement des installations techniques et collectives, comme celle de la chaudière et des travaux d'adaptation aux cheminées. Partant, étant donné que le nu-propriétaire est tenu aux dépenses non périodiques, c'est-à-dire les grosses réparations, la contribution au fonds de réserve est à sa charge³.

Rappelons⁴ que, désormais, le Livre 3 s'ouvre sur l'affirmation expresse selon laquelle « les parties peuvent déroger aux dispositions du présent livre, sauf s'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement » (art. 3.1 C. civ.). Ainsi, si cette disposition interdit aux parties de modifier la définition des « grosses réparations » et de « réparations d'entretien », elle ne leur interdit en revanche pas de déroger aux principes qui répartissent la charge des réparations d'entretien et celle des grosses réparations⁵.

1. Voir N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, n° 771 ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, *op. cit.*, t. II, n° 1045 ; F. LAURENT, *Principes de droit civil*, *op. cit.*, t. VI, n° 538.
2. Voir Civ. Bruxelles, 19 mai 2014, *R.C.D.I.*, 2014, p. 52.
3. Voir J.P. Genk, 4 décembre 2018, *J.J.P.*, 2019/9-10, p. 579.
4. Voir *supra* n° 030.
5. Voir F. BOUSSA, « Usufruit. Questions choisies », *op. cit.*, p. 151.

On attirera toutefois l'attention des parties sur les éventuelles conséquences fiscales de ces dérogations au régime légal.

En effet, il n'est pas rare, dans la pratique, de rencontrer des situations où la propriété d'un immeuble est démembrée entre une société et son administrateur. Si, d'un point de vue civil, les parties à un tel montage sont libres de déroger aux principes répartissant les charges des réparations d'entretien et celles des grosses réparations, elles doivent rester attentives au fait que, dans certains cas, l'administration fiscale retient, en raison de cette dérogation, l'existence d'un avantage de toute nature, le cas échéant taxable, dans le chef de l'administrateur^{1 2}.

SECTION 4. EXTINCTION DU DROIT D'EMPHYTÉOSE

220 Généralités

D'emblée, on rappellera au lecteur que la question de l'extinction du droit d'emphytose est étroitement liée aux principes en vigueur en matière de durée du droit d'emphytose et, plus spécifiquement aux contraintes liées à sa durée minimum. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos développements sur ce point³. L'article 3.174 du Code civil porte en effet que : « *le droit d'emphytose s'éteint par les causes visées aux articles 3.15 et 3.16 même si elles se produisent avant le délai minimal de quinze ans. Cependant, le droit d'emphytose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de quinze ans du seul fait de la volonté d'une des parties* ». On retiendra donc que le délai minimum de 15 ans s'efface devant les causes d'extinction reprises aux articles 3.15 et 3.16.

Dans l'ancien Code civil, les modes d'extinction des droits réels étaient épars et ne faisaient pas l'objet de dispositions harmonisées. Le législateur de 2020 s'est donné pour objectif de systématiser les modes d'extinction des droits réels de manière à aboutir à une sorte de « pyramide à trois étages ». Le premier étage est formé par les modes généraux d'extinction des droits réels (art. 3.15 du C. civ.). Ensuite, au deuxième étage, viennent les dispositions spécifiques aux droits réels d'usage (art. 3.16 du C. civ.). Enfin, au sommet de la pyramide, on retrouve au sein du titre relatif au droit réel étudié, les modes d'extinction spécifiques à ce dernier (pour l'emphytose : art. 3.174 du C. civ.).

230 Mode spécifique d'extinction : la perte d'utilité d'un droit d'emphytose perpétuel

Ce mode d'extinction ne vise que les cas d'emphytoses perpétuelles. C'est pourquoi nous avons choisi de le traiter au même point que ce cas particulier d'emphytose perpétuelle. Nous nous permettons d'y renvoyer le lecteur⁴.

240 Accession et indemnisation

L'article 3.176 prévoit qu'« [à] l'extinction du droit d'emphytose, la propriété des ouvrages et plantations réalisés en application de l'article 3.172 passe au constituant du droit d'emphytose ou à son ayant droit ». On le perçoit, le bailleur emphytéotique

1. Voir F. BOUSSA, « Usufruit. Questions choisies », in P. LECOCQ (dir.), *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, coll. CUP, vol.218, p. 151.
 2. Voir Gand, 15 septembre 2020, *Cour fisc.*, n° 5, p. 371.
 3. Voir *supra* n° 110 et s.
 4. Voir *supra* n° 120.

n'a pas le droit d'exiger la destruction de ces constructions. Il s'agit d'une application du principe de superficie-conséquence¹ ². La situation est évidemment tout autre si le titre constitutif écartait expressément la possibilité pour l'emphytéote de réaliser des ouvrages et plantations.

L'article 3.176 poursuit ensuite en précisant les contours de l'indemnité due par le propriétaire à l'emphytéote du fait de cette accession : « [I]l constituait 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 ». Pour les règles de calcul de cette indemnité, le texte renvoie à la figure de l'enrichissement injustifié que l'on connaît désormais en droit des obligations. À cet égard, l'article 5.137 du Code civil porte que : « La personne qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au moment de l'indemnisation »³. On assiste ainsi à un changement de perspective total par rapport à l'article 8 de la loi de 1824.

Comme pour « protéger » l'emphytéote, l'article 3.176 poursuit ensuite en indiquant que, « [j]usqu'à indemnisation, l'emphytéote a un droit de rétention sur les ouvrages et plantations ». Il s'agit d'un droit de rétention, c'est-à-dire la faculté pour un créancier ayant la détention d'un bien de conserver ce bien qu'il a l'obligation de restituer tant que l'exécution des obligations corrélatives n'a pas été honorée⁴. À toutes fins utiles, on rappellera que le droit de rétention acquiert en tant que tel un caractère réel, étant visé à l'article 3.3 du Code civil⁵.

Le dernier alinéa de l'article 3.176 envisage l'hypothèse d'une cession du fonds grevé d'emphytéose par le constituant, prévoyant ce qui suit : « [e]n cas de transmission universelle, à titre universel ou de cession du droit du constituant du droit d'emphytéose, l'obligation d'indemnisation pèse sur l'ayant cause ». Selon d'aucuns, le sort du cédant du tréfonds est, en revanche, plus incertain, puisque la disposition ne précise pas si le cédant demeure solidairement tenu de l'obligation aux côtés du cessionnaire ; les travaux préparatoires n'apportent pas de confirmation à cet égard⁶.

1. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 367.
2. Sur le concept de superficie-conséquence, voir *infra* n° 370.
3. Sur le concept d'enrichissement injustifié, voir not. R. THÜNGEN, « 16. - Les quasi-contrats et le Livre 5 du Code civil », in T. DERVAL *et al.* (dir.), *La réforme du droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 686 et s.
4. Voir not. à ce sujet : M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylants, 1992 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et priviléges*, Bruxelles, Bruylants, 2006 ; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1963, n°s 12-14.
5. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 365.
6. *Ibid.*, p. 366.

Chapitre 2. Droit de superficie

SECTION 1^{RE}. CONTOURS GÉNÉRAUX : DÉFINITION, OBJET ET DURÉE

SOUS-SECTION 1^{RE}. DÉFINITION

250 L'essence d'un droit de superficie

L'essence du droit de superficie est de conférer la propriété (en principe temporaire) d'un volume sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, afin d'y avoir des ouvrages ou plantations. Le superficiaire est, en conséquence de son droit de superficie, véritable propriétaire d'un espace, d'un volume. Il ne l'est toutefois que pour un temps, la superficie ayant, en principe, aujourd'hui, une durée maximale de 99 ans et n'existe que dans la perspective de construire ou planter ou, plus généralement, d'avoir des constructions ou plantations.

Le droit de superficie est un droit réel d'usage. Un droit réel à part entière d'abord, avec toutes les conséquences que cela implique sur le plan du *numerus clausus*, de l'objet et du principe de spécialité, des caractéristiques, du pouvoir de disposition, de la publicité, des modes d'acquisition, spécialement originaires, et des modes d'extinction, examinées au chapitre des dispositions générales. Un droit réel d'usage ensuite, caractérisé par le droit de construire ou planter sur la propriété d'autrui ou d'acquérir des constructions ou plantations existantes ; là est l'« utilité » spécifique de la chose d'autrui qu'il confère à son titulaire¹.

SOUS-SECTION 2. QUALITÉ DU CONSTITUANT

260 Qui est autorisé à constituer un droit de superficie ?

Comme nous avons déjà eu l'occasion de le voir, un des marqueurs de la réforme de 2020 du droit des biens est certainement la multiplication des constituants potentiels d'un droit réel. En matière de droit de superficie, la loi du 25 avril 2014 avait déjà consacré la faculté pour tout titulaire d'un droit réel immobilier de constituer un droit de superficie. Ainsi, dans cette droite lignée, l'article 3.178 du Code civil porte que : « 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 ». Cette disposition étant une disposition jumelle de l'article 3.168, nous nous permettons de renvoyer le lecteur à nos développements en matière d'emphytéose².

SOUS-SECTION 3. OBJET DU DROIT DE SUPERFICIE

270 Généralités

L'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 énonçait, dans sa version originale : « Le droit de superficie est le droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou

1. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 186.
 2. Voir *supra* n° 100.

plantations sur le fonds d'autrui ». Ainsi, avec une majorité de la doctrine, en tout cas francophone¹, mais contrairement à d'autres², nous affirmions que le droit de superficie, tel que régi par la loi de 1824, ne concerne que le sursol et non le sous-sol : au vu de l'utilisation à l'article 1^{er} du mot « sur » le fonds d'autrui³, de l'emploi du terme même de « superficie », désignant la surface d'un corps surtout dans son étendue et dans son caractère extérieur et puisque le mot *superficie* vise tout ce qui se trouve au-dessus de la surface d'un fonds ; c'est notamment cette controverse qui a mené la pratique à mésuser du droit d'emphytéose⁴.

Dès avant 2014, nous soutenions aussi que si, en général et certainement dans la conception de 1824, le législateur a pensé à un superficiaire occupant tout le sursol, rien n'empêche de concevoir des superficies partielles, assez aisément comme ne visant qu'une partie du fonds délimitée traditionnellement au sol, mais aussi comme ne visant qu'une partie du fonds en sursol en songeant à « (...) la possibilité d'un droit de superficie partielle en ce qu'il se superposerait non pas directement au sol, mais aux constructions existantes, lesquelles étant exclues du droit de superficie demeuraient acquises au propriétaire du terrain »⁵.

La loi du 25 avril 2014 vient trancher la controverse de l'objet potentiel du droit de superficie et vise expressément désormais le sursol mais aussi, et surtout, le sous-sol, favorisant sans conteste une plus large application de la superficie. A la suite de cette réforme de 2014, il est désormais clair que la superficie s'exerce, non seulement, sur le fonds d'autrui, mais aussi au-dessus et en dessous, et ce en tout ou en partie. L'article 3.177 reprend évidemment cet enseignement.

280 Un droit de superficie sur un fonds déjà bâti

Le droit de superficie se conçoit tant sur un terrain bâti que sur un terrain non bâti⁶. Deux dispositions de la loi du 10 janvier 1824 (citées dans leur version antérieure à 2014) en attestent déjà, à l'époque, à suffisance. D'une part, l'article 5 de ladite loi dispose que « pendant la durée du droit de superficie, le propriétaire du fonds ne peut

1. Voir, sur cette question, J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, op. cit., t. II, n° 1239, spécialement la note (52) et les références citées ; J. M. CHANDELLE, *R.P.D.B.*, Complément, t. VII, Bruxelles, Bruylant, 1990, v° « Superficie », n° 82 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Zakenrecht*, op. cit., n° 1022 et 1024 ; voir aussi, reprenant les différents avis en présence, Ch. WILLEMET, « De oude dame krijgt een facelift – Uitbreiding, van het toepassingsgebied van de opstalwet en de relevantie van de wijziging voor de notarieele praktijk », *N.F.M.*, 2014, n° 22 à 24.
2. Voir, not., essentiellement en doctrine néerlandophone, les nombreuses références citées par Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 », *J.T.*, 2015, pp. 229 à 238, spéc. n° 15, note (85) et, not., V. SAGAERT, *Beginselen van Belgisch privaatrecht, V Goederenrecht*, éd. 2014, op. cit., n° 762 ; V. SAGAERT, « Volume-eigendom ; een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom », *T.P.R.*, 2009, pp. 21 et s., n° 44.
3. L'expression « sur un fonds appartenant à autrui » pourrait, à juste titre, ne pas être considérée comme déterminante à elle seule lorsque l'on songe aux extensions, en matière de canalisations souterraines, dont a fait l'objet la servitude légale pour cause d'enclave (voir Cass., 1^{er} mars 1996, *R.C.J.B.*, 1997, pp. 480 à 494, note P. LECOCQ, « L'article 682, al. 1^{er}, du Code civil et la pose de canalisations souterraines. De la victoire de la nécessité sur la propriété ») ; voir, dans le même sens, Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 », op. cit., n° 15.
4. Voir *supra* n° 030.
5. Voir J.M. CHANDELLE, *R.P.D.B.*, v° « Superficie », op. cit., n° 93.
6. Voir J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, op. cit., n° 1239 a ; J.-M. CHANDELLE, *R.P.D.B.*, v° « Superficie », op. cit., n° 88 ; R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Zakenrecht*, Deel, II, A, op. cit., n° 1024 ; I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., n° 0542 ; voir, en jurisprudence, pour une hypothèse de droit de superficie concédé sur des constructions existantes, Liège, 3 décembre 1998, *Rec. gén. enr. not.*, 2001, p. 91, où il est d'ailleurs affirmé que même lorsque la valeur des constructions n'est pas payée, le superficiaire n'en devient pas moins propriétaire temporaire desdites constructions.

empêcher celui qui a ce droit de démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni d'arracher et enlever les plantations, pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de son acquisition ou que les bâtiments aient été construits ou faits par lui » et, d'autre part, l'article 7 prévoit que « si le droit de superficie a été établi sur un fonds sur lequel se trouvaient déjà des bâtiments, ouvrages ou plantations, dont la valeur n'a pas été payée par l'acquéreur, le propriétaire reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations ».

On le voit, les solutions divergeaient donc dans la loi selon que le fonds est bâti ou non et selon que le superficiaire a payé ou non la valeur des constructions existantes. Il était clair que le superficiaire est titulaire d'un droit de propriété sur ce qu'il a construit lui-même ou sur les constructions existantes dont il a payé la valeur lors de la création du droit. Il existait, en revanche, une controverse quant à la nature du droit du superficiaire sur les constructions présentes lors de la naissance de son droit, mais dont le superficiaire n'a pas payé la valeur : certains le qualifiaient de droit de propriété¹, d'autres de droit de jouissance analogue au droit de jouissance de l'emphytéote et d'autres, enfin, de droit de jouissance très limité².

Le législateur a mis fin à ces hésitations : cette « propriété-conséquence » est affirmée de façon générale, que le superficiaire ait réalisé lui-même les ouvrages ou plantations ou les ait acquis, moyennant contrepartie ou non. L'article 3.179 énonce ainsi que « 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. Ces ouvrages et plantations seront régis par les mêmes règles que si le superficiaire les avait réalisés lui-même. (...) ».

Il convient cependant de s'entendre sur la portée de la locution « sauf clause contraire » qui ouvre l'article 3.179. En réalité, conformément à la définition du droit de superficie, elle permet aux parties de déterminer, librement, l'objet exact du droit de superficie constitué ou cédé. Toutefois, comme l'énonce l'exposé des motifs « (...) soit les bâtiments sont compris dans le droit de superficie, auquel cas le superficiaire en est propriétaire, soit ces bâtiments ne sont pas compris dans le droit de superficie, auquel cas, il n'a aucune prérogative, hormis les exceptions légales nécessaires à l'exercice de son droit »³. La réserve d'une clause contraire indique donc la variation possible dans l'objet du droit de superficie, mais ne permet en aucune façon d'exclure contractuellement la conséquence inhérente au droit de superficie énoncée dans la définition même de ce droit : la propriété temporaire du ou des volumes visés⁴.

1. Voir H. de PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge, Les biens (Deuxième partie)*, t. VI, *op. cit.*, n° 693 ; J.-M. CHANDELLE, R.P.D.B., v° « Superficie », *op. cit.*, n° 150 ; A. VAN OEVELEN, « Actuele ontwikkelingen inzake het recht van erfacht en het recht van opstal », in *Het zakenrecht : absoluut niet een rustig bezit*, XVIII^e Postuniversitaire Cyclus Willy DERVA, 1991-1992, Bruxelles, Kluwer, pp. 321 et s., n° 28 ; P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVE et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. 2, *Droits réels principaux démembrés*, *op. cit.*, Titre IV, n° 9.
2. Voir J. HANSENNE, *Les biens, Précis*, *op. cit.*, n° 1249, spéc. la note (72).
3. Voir 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*, *op. cit.*, p. 360.
4. J.-F. ROMAIN, « Titre 8. La nouvelle dimension de la superficie », in *Le nouveau droit des biens*, *op. cit.*, pp. 411 et 412 ; N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, *op. cit.*, n° 1688 à 1691.

290 Immeubles incorporels : les droits réels immobiliers

Le droit de superficie ne peut porter lui-même sur un droit même réel et même immobilier. Selon nous, l'objet d'un droit réel principal peut être, en norme¹, une chose corporelle, voire, pour certains d'entre eux, incorporelle, mais point un droit. On a vu que le législateur de 2014 d'abord, de 2020 ensuite, a étendu la liste des constituants possibles d'un droit réel. Ainsi, on pourrait envisager que le titulaire d'un droit réel ne constitue pas un droit de superficie sur son droit, ce qui est interdit, mais directement sur le bien grevé de son propre droit. Nous renvoyons à cet égard à nos propos en matière d'emphytéose².

300 Les biens du domaine public

Bien avant le projet de réforme du droit des biens, la Cour de cassation avait admis, dans un arrêt du 18 mai 2007, que, dans la mesure où un droit privatif de superficie ne fait pas obstacle à la destination publique d'un bien affecté à l'usage de tous, il peut être établi sur un bien du domaine public³. Ce faisant, le Cour poursuit la marche qu'elle avait entamée en reconnaissant qu'un bien du domaine public pouvait être grevé d'une servitude⁴. Comme examiné antérieurement⁵, l'article 3.45 du Code civil confirme l'enseignement de 2007 en prévoyant, de façon large, que des droits réels ou personnels puissent être constitués sur le domaine public si « la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle ».

SOUS-SECTION 4. DURÉE DU DROIT DE SUPERFICIE

310 Pas de durée minimale, mais une durée maximale de principe

La loi de 1824 affublait déjà le droit de superficie d'une durée maximale, son article 4 fixant le plafond à 50 ans. L'article 8 de la même loi faisait échapper cette durée maximale à la volonté des parties. La superficie pouvait être renouvelée, y compris de façon tacite, la doctrine majoritaire défendant toutefois qu'il convient de respecter, au total, la durée maximale de 50 ans si cela a pour résultat d'engendrer un nouveau contrat, mais qui lie les parties dès la conclusion du premier contrat⁶. Il convient à cet égard de distinguer prorogation et renouvellement : la première, à la différence du second, maintient le contrat initial, seul un nouveau terme (pour un total de 50 ans

1. Sauf le cas particulier de l'usufruit (voir sur ce point, not., E. JADOUL, « Chapitre VI. Droit d'usufruit », in *Chroniques Notariales - Volume 72*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 175 à 206, spéc. n° 149).
2. Voir *supra* n° 160.
3. Voir Cass., 18 mai 2007, *N.J.W.*, 2007, p. 652 ; *Rev. not. belge*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, « Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public ? » ; *J.L.M.B.*, 2007, p. 1727 ; *T.B.O.*, 2008, p. 9, note D. VAN HEUVEN, « Zakelijke rechten op openbare domein zijn mogelijk ! » ; voir aussi D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim.*, 2008/1, p. 41.
4. Voir Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29, et Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 78 ; *Rev. not. belge*, 1991, p. 49.
5. Voir *supra* n° 170.
6. La sanction pronée étant soit la nullité de la clause de renouvellement (voir V. SAGAERT, « Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning. Knelpunten van tontine, vruchtgebruik, erfpaacht en opstal », in *Cyclus Willy Delva 2003-2004. Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw*, Gand, 2004, pp. 205 à 274, spéc. n° 73 et les références citées), soit la réduction de l'effet du renouvellement ou de la clause du renouvellement au maximum légal, ce qui paraît plus conforme à la jurisprudence récente de la Cour de cassation (voir R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Zakenrecht*, Deel, II, A, *op. cit.*, n° 1000 ; D. DELI, « Erfpaacht en opstal : burgerrechtelijke aspecten », in *Vruchtgebruik, erfpaacht, opstal*, D. MEULEMANS, Maklu, 1998, pp. 37 à 73, n° 26).

maximum, sous l'empire de la loi de 1824¹) étant substitué au premier, ce qui implique que l'accession ne s'est pas produite lors de la prorogation, ce qui n'est pas sans incidences pratiques, spécialement fiscales².

L'article 3.180 ne déroge pas à la règle de la non-supplétivité de la durée du droit de superficie en débutant par ces mots : « nonobstant toute clause contraire », mais fait passer la durée maximale du droit de superficie à 99 ans, alignant ainsi la durée maximale de principe du droit de superficie sur celles de l'usufruit et de l'emphytéose, sans le caractère viager du premier, ni la durée minimale du second. Comme évoqué³, cette uniformisation devrait inciter la pratique à respecter l'essence des droits d'emphytéose et de superficie, mettant ainsi fin au mésusage de ces deux droits. Le législateur de 2020 réserve néanmoins trois cas où la durée du droit de superficie peut excéder 99 ans, examinés dans les numéros qui suivent.

320 La superficie-conséquence

Nous aurons l'occasion de développer ci-après le concept de superficie-conséquence⁴ mais notons déjà que, s'il est la conséquence d'un droit principal d'une durée plus longue (voire perpétuelle s'agissant de la superficie-conséquence découlant, le cas échéant, d'une servitude), le droit de superficie peut voir sa durée portée au-delà de 99 ans (art. 3.180 *in fine*). En effet, dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle, en ce compris quant à sa durée.

330 Premier cas de superficie perpétuelle : domanialité publique

Comme c'est également le cas en matière de droit d'emphytéose, le droit de superficie peut être perpétuel, lorsqu'il est accordé par le propriétaire de l'immeuble, à des fins de domanialité publique car il doit pouvoir se poursuivre tant que durent l'affectation publique et la poursuite de l'intérêt général en question (art. 3.180, al. 2, 1^o) ; il s'agit là d'une exception déjà admise sous l'empire de la loi du 10 janvier 1824⁵.

Cette hypothèse est à distinguer de l'article 3.45 du Code civil : il s'agit là de grever un bien du domaine public d'un droit réel ou personnel d'usage, à certaines conditions, tandis qu'il s'agit ici d'octroyer sur un bien un droit de superficie à une personne qui y réalisera un projet relevant du domaine public, et qui doit donc pouvoir durer tant que cette affectation se poursuit, d'où la perpétuité⁶.

340 Second cas de superficie perpétuelle : ensemble immobilier complexe et hétérogène

L'article 3.180, alinéa 2, 2^o, conçoit que le droit de superficie peut également être perpétuel lorsque que et tant que, constitué par le propriétaire du fonds, il vise à « (...) 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 ». Deux points d'attention sont à retenir. Il convient dans un premier temps d'interroger le concept d'*« ensemble immobilier*

1. Voir V. SAGAERT, *Beginselen van belgisch privaatrecht*, V, *Goederenrecht*, éd. 2014, *op. cit.*, n° 694.
2. Voir aussi sur les distinctions à faire, J. POETS, « Vijftig jaar als maximumduur van zelfstandige opstalrechten : een te omzeilen probleem ? », *op. cit.*, n° 4.
3. Voir, *supra* n° 030.
4. Voir, *infra* n° 370.
5. Voir, not., J. HANSENNE, *Précis, Les biens*, *op. cit.*, t. II, n° 1239, note (50) ; voir aussi Bruxelles, 2 avril 1980, *Rev. not. belge*, 1981, p. 364.
6. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 175.

complexe et hétérogène ». Les travaux préparatoires nous éclairent à cet égard et caractérisent cet ensemble comme « 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 »¹. Dans un second temps, on soulignera l'interdiction de toute partie commune entre les volumes, s'agissant donc d'exclure que chaque volume constitue la partie privative d'un lot auquel serait liée une quote-part dans des parties communes. Cette précision visait à éviter que les parties ne portent atteinte au caractère impératif des règles relatives à la copropriété des appartements, en utilisant la technique des volumes en superficie. Les travaux préparatoires précisent toutefois que cette interdiction « n'empêche pas qu'existent une série d'équipements collectifs utilisés par les différents propriétaires superficiaires de volumes »².

350 **Perpétuité : réserve**

On attirera l'attention du lecteur sur un point particulier : bien que potentiellement perpétuel, le droit de superficie reste un droit réel d'usage. Partant, il reste notamment soumis aux modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage visés à l'article 3.16. Le caractère éventuellement perpétuel d'un droit de superficie ne le fait donc pas échapper, par exemple, à son extinction par non-usage.

Dans le même ordre d'idée, on relèvera l'article 3.187 qui prévoit l'extinction du droit de superficie par la perte de toute utilité. Le législateur de 2020 a considéré que la recherche d'un droit des biens fonctionnel et plus social commandait que même des prérogatives *a priori* aussi larges que celles qu'octroie le droit de superficie puissent être supprimées pour cause de perte de toute utilité. Il faut cependant que toute utilité, même future et même potentielle, ait disparu. Cette disposition ne vaut que pour un droit perpétuel qui a déjà duré plus de 99 ans, soit la limite maximale légale de principe. Seul un juge pourra faire ce constat³.

SECTION 2. MODES SPÉCIFIQUES D'ACQUISITION

360 **Acquisition du droit de superficie : le cas spécifique de la prescription acquise**

Comme en matière de droit d'emphytéose⁴, le législateur fait une application spécifique des articles 3.14, § 1^{er}, 3.26 et 3.27 du Code civil en matière de droit de superficie. L'article 3.181 porte en effet : « En cas d'acquisition par prescription, le droit de superficie est censé établi pour nonante-neuf ans, à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure. La durée du droit se compte à partir de l'entrée en possession utile ou à un moment postérieur fixé dans l'acte juridique ». Le cas d'école que l'on pourrait aisément concevoir est le cas d'un superficiaire qui, malgré l'extinction

1. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 339.
2. Voir « Proposition de loi portant insertion du Livre 3 ‘Les biens’ dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, p. 339.
3. Voir P. LECOCQ, « Emphytéose et superficie : questions choisies », *op. cit.*, p. 180.
4. Voir *supra* n° 180.

de son droit de superficie originairement contractuel, continue d'user et de jouir des prérogatives que lui conférait son droit désormais éteint.

370 Le droit de superficie-conséquence

Le législateur de 2020 a consacré expressément la notion de superficie-conséquence à l'article 3.182 du Code civil, notion que l'on connaissait déjà en jurisprudence¹ et en doctrine² avant la réforme. La théorie de la superficie-conséquence était appelée à jouer « chaque fois que la séparation entre propriété du sol et propriété des constructions apparaît implicitement ou explicitement, légalement ou conventionnellement, comme un mécanisme permettant la mise du droit de superficie au service d'une institution juridique (...) principale »³.

Désormais, l'article 3.182 du Code civil dispose : « 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. Dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle. Le droit de superficie-conséquence et la propriété des ouvrages et plantations en découlant ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont ils découlent ». Ainsi, tout titulaire d'un droit d'usage, réel ou personnel, sur un bien immobilier, dont le droit en question lui confère le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations, profitera, le cas échéant, de pareille superficie-conséquence. On pense ici notamment au bail ou au droit d'usufruit voire au droit d'emphytéose⁴. C'est d'ailleurs ce pouvoir de construire ou planter que confère le droit d'emphytéose qui avait conduit la pratique à mésuser de ce droit⁵.

On attirera l'attention du lecteur sur l'alinéa 2 de l'article 3.182 qui précise que cette superficie-conséquence ne pourra être cédée, saisie ou hypothéquée qu'en même temps que le droit dont elle découle. Ainsi, si un usufruitier fait construire sur le fonds grevé de son usufruit, il ne pourra aliéner son droit de superficie-conséquence, et partant les ouvrages et plantations dont il est propriétaire en vertu de ce droit, qu'en aliénant son usufruit.

L'article 3.182 a cependant été complété, par une loi du 12 juillet 2021, portant des dispositions urgentes en matière de justice, par un alinéa 3 selon lequel « L'alinéa 2 ne s'applique pas en ce qui concerne la saisie et l'hypothèque lorsque le droit de superficie-conséquence découle d'un droit d'usage administratif ». Les travaux parlementaires expliquent cette modification : si l'interdiction de saisir un droit de superficie-conséquence indépendamment du droit principal ne génère en général pas de difficultés lorsque le droit principal peut être hypothéqué, en pratique, « (...) Il en va autrement lorsque le droit principal, auquel le droit de superficie-conséquence est lié, est un droit d'usage administratif, par exemple une concession ou une autorisation domaniale : il n'est alors en effet pas susceptible d'être hypothéqué, ou saisi. (...). Afin d'éviter toute insécurité juridique quant à cette pratique courante, par exemple dans les zones portuaires, et, partant, de garantir la continuité des pratiques de financement existantes, le législateur énonce expressément que l'interdiction d'hypothèque et de saisie visée à l'article 3.182, alinéa 2, du Code civil, ne vaut pas lorsque le droit de superficie-conséquence est lié à un droit d'usage administratif. » Et l'exposé de

1. Cass., 12 juin 2014, *T. Not.*, 2014/12, pp. 751-753.
2. J. HANSENNE et I. ROUSSEAU, « L'accession », *Rép. not.*, t. II, liv. 1, Bruxelles, Larcier, 1994, n° 75.
3. *Ibid.*
4. Voir S. SCARNÀ, R. THONET et J. LIMET, « Superficie-conséquence : points d'attention en droits de succession », *Jurim.*, 2022/2-3, p. 381-395.
5. Voir *supra* n° 030.

préciser encore : « L'interdiction de transférer un droit de superficie-conséquence ou les ouvrages et plantations qui en découlent indépendamment du droit principal de-meure : la personne à qui le droit de superficie-conséquence et les ouvrages et plantations sont transférés (que ce soit ou non après réalisation d'une hypothèque) deviendra nécessairement aussi titulaire du droit d'usage administratif »¹.

SECTION 3. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

380 Droits sur le droit

Confirmant le prescrit de l'article 3.6 du Code civil, l'article 3.183 du Code civil dispose que : « Le superficiaire peut céder et hypothéquer son droit de superficie (...). Ainsi, le superficiaire peut aliéner son droit de superficie ou le grever d'une hypothèque. Cette disposition étant supplétive, on peut imaginer que les parties écarteront ce pouvoir par contrat. La cession du droit de superficie aura comme conséquence l'acquisition des prérogatives qu'octroie le droit de superficie sur le bien par le cessionnaire. On insistera sur le fait que cette cession ne pourra être envisagée que dans les limites du droit du superficiaire primaire.

Les conséquences de cette cession sont désormais réglées par l'article 3.6, alinéa 2, du Code civil. Ainsi, concernant les obligations personnelles qui constituent la contrepartie de la constitution du droit de superficie et qui deviennent exigibles après la cession, le superficiaire initial et le cessionnaire sont solidairement tenus. Par conséquent, le constituant peut poursuivre à la fois le superficiaire initial et le cessionnaire pour obtenir le paiement. Le superficiaire initial dispose toutefois d'un droit de recours à l'encontre du cessionnaire. Pour ce qui regarde les autres obligations attachées au droit de superficie et qui deviennent exigibles après la cession, par exemple l'obligation d'effectuer les réparations d'entretien et les grosses réparations, le cessionnaire est seul responsable².

L'article 3.183 poursuit en reconnaissant au superficiaire le droit d'hypothéquer ou de vendre son droit. Vu la supplétivité de principe des dispositions du Livre 3, les parties pourraient décider d'écarter contractuellement ce pouvoir. Cette disposition n'autorise évidemment pas le superficiaire à aliéner le fonds en tant que tel, qui continue d'appartenir au tréfondier. Il convient d'insister sur le fait que si le superficiaire est libre d'hypothéquer ou vendre les immeubles qu'il aurait érigés au sein du volume ou qui existaient déjà avant la constitution de son droit³, il ne peut y procéder qu'en aliénant, totalement ou partiellement, son droit de superficie. En effet, la propriété, en principe temporaire des volumes, bâtis ou non, n'est qu'une conséquence du droit réel d'usage, elle n'est pas autonome. En conséquence, ne céder ou n'hypothéquer que les ouvrages et plantations, bref le volume, indépendamment du droit de superficie est inconcevable car cela pourrait en effet conduire à attribuer une propriété

1. Voir proposition de loi portant des dispositions urgentes en matière de justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2020-2021, 23 juin 2021, Développements, pp. 12 et 13.
 2. Voir A. BROHEZ et C. ORBAN, « L'emphytéose », *Jurim.*, 2022/2-3, p. 251.
 3. Voir *supra* n° 280.

temporaire sur des éléments immobiliers qui n'est sous-tendue par aucun droit réel d'usage le justifiant¹.

On rappellera au lecteur le prescrit de l'article 3.15 qui veut que : « (...) les droits réels s'éteignent par : (...) l'extinction du droit d'un des auteurs du titulaire du droit réel ». Ainsi, le droit du cessionnaire ou du créancier hypothécaire s'éteindra en même temps que le droit de superficie.

390 Droits sur les volumes

C'est l'article 3.184 qui régit les droits du superficiaire sur le ou les volumes objets de son droit : « 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 fonds ». Cet article n'est que la conséquence logique de l'essence du droit de superficie : être propriétaire de volumes sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui. Ce pouvoir n'est toutefois pas illimité et est encadré par des balises.

La première balise est une application du principe *nemo plus juris* : l'article 3.184 prévoit que le superficiaire ne peut agir que dans les limites des droits du constituant du droit de superficie. Cette précision est heureuse étant entendu que le droit de superficie peut être constitué par « tout titulaire d'un droit réel d'usage »². Prenons l'exemple d'un droit de superficie consenti par un usufruitier : le superficiaire devra garder à l'esprit que l'usage du bien doit se faire dans le respect de sa « destination », que l'usufruitier est censé rendre celui-ci à la fin de l'usufruit « dans le même état » que celui de départ et que son droit de superficie s'éteindra en même que le droit d'usufruit de son auteur³. La seconde balise tient en une limitation du pouvoir de disposition (matérielle et juridique) en principe reconnu au superficiaire. En effet, alors que le superficiaire jouit d'un pouvoir de disposition matérielle de principe sur la construction qu'il a réalisée, ce pouvoir de disposition matérielle lui est retiré par la finale de l'article 3.184 concernant les ouvrages qu'il est tenu de réaliser⁴.

400 Obligations

– *Obligation d'acquitter les charges et impositions*

L'article 3.185, alinéa 1^{er} prévoit que : « 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 alors que le constituant du droit de superficie, le tréfondant ou leurs ayants droit supportent ces charges et impositions pour ce dont ils sont propriétaires ». On le voit, le législateur a donc choisi de ventiler les charges et impositions retenant comme critère l'appartenance du bien à l'une ou l'autre des parties.

1. Voir, pour une analyse similaire, avant même la réforme, encore qu'en matière d'emphytéose, V. SAGAERT, « Oude zakenrechtelijke figuren met nut voor een moderne familiale vermogensplanning », in *Cyclus Willy Delva 2003-2004, Levenslang en verder. Familiale vermogensplanning in de 21^e eeuw*, Gand, 2004, n° 45 qui décide aussi qu'il n'est pas possible de céder les constructions indépendamment du droit d'emphytéose lui-même ; voir aussi, M. DONNAY, « L'emphytéose », *Rec. gén. enr. not.*, 1974, n° 21803, n° 23 qui après avoir affirmé le principe considère comme fondé une décision jugeant le contraire.
2. Voir *supra* n° 260.
3. Voir N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », in N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 293.
4. *Ibid.*, p. 294.

– *Obligation de réaliser les réparations d'entretien et grosses réparations*

Dans le même esprit, l’alinéa 2 de l’article 3.185 prévoit que chacun doit réaliser, relativement à sa propriété, non seulement les réparations d’entretien et les grosses réparations¹ dont il serait tenu légalement ou contractuellement, mais aussi toutes celles qui seraient nécessaires pour l’exercice d’autres droits d’usage existant sur le fonds. Cela a été prévu dans le souci que puissent coexister véritablement divers droits d’usage sur un même bien, plus encore lorsqu’on rappelle que le législateur a décidé de multiplier, avec des conditions certes, les constituants possibles de pareils droits.

SECTION 4. EXTINCTION DU DROIT DE SUPERFICIE

410 Généralités

L’article 3.186 du Code civil porte que : « Le droit de superficie ne s’éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficiaire ». Cette disposition découle du fait que l’objet du droit de superficie n’est pas l’ouvrage ou la plantation contenus dans le volume mais bien le volume sur, au-dessus ou en dessous du fonds lui-même. Ainsi, puisque le volume continue d’exister malgré la disparition de l’ouvrage ou de la plantation qu’il contient, le droit de superficie continue pareillement d’exister².

On rappellera encore que, avant la réforme de 2020, les modes d’extinction des droits réels étaient épars et ne faisaient pas l’objet de dispositions harmonisées. Le législateur de 2020 s’est donné pour objectif de systématiser les modes d’extinction des droits réels de manière à aboutir à une sorte de « pyramide à trois étages ». Le premier étage est formé par les modes généraux d’extinction des droits réels (art. 3.15 du C. civ.). Ensuite, au deuxième étage, viennent les dispositions spécifiques aux droits réels d’usage (art. 3.16 du C. civ.). Enfin, au sommet de la pyramide, on retrouve au sein du titre relatif au droit réel étudié, les modes d’extinction spécifiques à ce dernier (pour la superficie : art. 3.186 et 3.187 du C. civ.).

420 Mode spécifique d’extinction : la perte d’utilité d’un droit de superficie perpétuel

Ce mode d’extinction ne vise que les cas de superficies perpétuelles. C’est pourquoi nous avons choisi de le traiter lorsque nous envisagions les différentes hypothèses de droit de superficie perpétuel. Nous nous permettons d’y renvoyer le lecteur³.

430 Accession, indemnisation et subrogation réelle

C’est l’article 3.188 qui est appelé à régir le sort des ouvrages et plantations une fois le droit de superficie éteint : « A l’extinction du droit de superficie, la propriété du volume passe au constituant du droit de superficie ou à son ayant droit. 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.

1. Pour plus de détail quant aux concepts réparations d’entretien et grosses réparations, voir *supra* n° 210.
 2. Voir A. BROHEZ et L. BELLINCK, *Emphytéose et superficie*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 153.
 3. Voir *supra* n° 350.

Jusqu'à indemnisation, le superficiaire a un droit de rétention sur le volume.

En cas de transmission universelle, à titre universel ou de cession du droit du constituant du droit de superficie, l'obligation d'indemnisation pèse sur l'ayant cause ».

Ainsi, une fois le droit de superficie éteint, le principe d'accession, auquel le droit de superficie faisait échec, reprend ses droits : la propriété du volume et des constructions ou plantations réalisées ou acquises par le superficiaire est transférée de plein droit au propriétaire du fonds. On notera que, si le superficiaire a agi dans les limites de son droit, le propriétaire du fonds n'a pas le droit d'exiger la destruction des constructions ou plantations par le superficiaire.

Ce transfert de plein droit de la propriété des constructions et plantations au propriétaire du fonds n'opère toutefois pas sans indemnisation du superficiaire. Pour les règles de calcul de cette indemnité, le texte renvoie à la figure de l'enrichissement injustifié que l'on connaît désormais en droit des obligations. À cet égard, l'article 5.137 du Code civil porte que : « La personne qui bénéficie d'un enrichissement injustifié doit à l'appauvri la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement, estimées au moment de l'indemnisation »¹. Le dédommagement en question ne se calculera plus en fonction de la « valeur actuelle » des ouvrages et plantations comme le prévoyait, en principe, l'article 6 de la loi de 1824². En revanche, le superficiaire n'aura droit à aucune indemnité si les constructions ont été réalisées en dehors des « limites de son droit ».

Si le propriétaire du fonds reste en défaut d'exécuter son obligation d'indemnisation, le superficiaire, tout comme l'emphytéote, n'est pas laissé sans recours. En effet, l'article 3.188 lui reconnaît un droit de rétention, c'est-à-dire la faculté pour un créancier ayant la détention d'un bien de conserver ce bien qu'il a l'obligation de restituer tant que l'exécution des obligations corrélatives n'a pas été honorée³. À toutes fins utiles, on rappellera que le droit de rétention acquiert en tant que tel un caractère réel, étant visé à l'article 3.3 du Code civil⁴.

L'article 3.188 règle également l'obligation de dédommagement pour le cas où le constituant du droit de superficie a transmis (transmission universelle ou à titre universel) ou cédé son droit : dans ce cas, l'obligation d'indemnisation est transférée à son ayant cause.

On terminera par rappeler au lecteur le principe de la subrogation réelle désormais consacrée de façon générale à l'article 3.10 du Code civil : « Un droit réel s'étend de plein droit à tous les biens qui viennent en remplacement de l'objet initial du droit réel, parmi lesquels les créances qui se substituent au bien, telle l'indemnité due par des tiers, à raison de la perte, de la détérioration ou de la perte de valeur de l'objet, pour autant que le droit réel puisse être exercé de manière utile sur le nouvel objet et qu'il n'y ait aucun autre moyen de sauvegarder le droit ».

1. Sur le concept d'enrichissement injustifié, voir not. R. THÜNGEN, « 16. - Les quasi-contrats et le Livre 5 du Code civil », in T. DERVAL *et al.* (dir.), *La réforme du droit des obligations*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 686 et s.
2. Voir N. BERNARD, « Droits d'emphytéose et de superficie », in N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens réformé*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 304.
3. Voir not. à ce sujet : M. GRÉGOIRE, *Théorie générale du concours des créanciers en droit belge*, Bruxelles, Bruylants, 1992 ; M. GRÉGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et priviléges*, Bruxelles, Bruylants, 2006 ; P. VAN OMMESLAGHE, *R.C.J.B.*, 1963, n°s 12-14.
4. Voir B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *op. cit.*, p. 365.

On sait que si le droit de superficie s'éteint, les droits consentis par le superficiaire sur le bien ou sur les ouvrages dont il était propriétaire en vertu du droit de superficie s'éteignent, en principe¹, également. Ainsi, si un droit d'hypothèque, a été constitué par le superficiaire et que le droit de superficie s'éteint, le droit d'hypothèque s'éteint, en principe, également. Le créancier hypothécaire ne reste toutefois pas démunie. Il bénéficie en effet du principe de subrogation réelle, déjà reconnu en pareille hypothèse par la jurisprudence² et désormais expressément prévu par l'article 3.10 du Code civil : ces droits seront reportés sur l'indemnité due, en vertu de l'article 3.188, par le constituant au superficiaire.

-
1. On réservera à cet égard le prescrit de l'art. 3.17 du Code civil ainsi que l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 janvier 2021 (Cass. (1^{re} ch.), 22 janvier 2021, *R.W.*, 2020-21, liv. 34, pp. 1135 et s.).
 2. Voir Cass., 8 novembre 2019, *R.C.J.B.*, 2020, p. 273, note L. BARNICH ; voir aussi, en degré d'appel, Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, p. 933.