



Droits réels

Volume 2. Fascicule 2 : Théorie

Jean-François ROMAIN

Professeur ordinaire

D/2020/0098/282

20e édition – Tirage 2020-21/1

DROI-C-2007_B2



Conformément à la loi du 30 juin 1994, modifiée par la loi du 22 mai 2005, sur le droit d'auteur, **toute reproduction partielle ou totale du contenu de cet ouvrage –par quelque moyen que ce soit– est formellement interdite.**

Toute citation ne peut être autorisée que par l'auteur et l'éditeur. La demande doit être adressée exclusivement aux **Presses Universitaires de Bruxelles a.s.b.l.**, avenue Paul Héger 42, 1000 Bruxelles,

Tél. : 02-650 64 40 – Fax : 02-650 64 59 – [Http://:www.ulb.ac.be/pub](http://www.ulb.ac.be/pub) – E-mail : ffelix@pub-ulb.be

« C'est l'éducation, l'instruction qui décideront de l'émancipation de la femme et de l'homme, de leur tolérance et de leur capacité à dialoguer. »

Lucia de Brouckère (1904-1982)

Docteur en chimie de l'ULB, première femme à enseigner dans une faculté de sciences en Belgique, militante de la laïcité et du libre-examen.

Droits réels et droit des biens : Partie II : de l'ancien au nouveau Code civil (livre 3) sur des questions sensibles illustrées par la jurisprudence, en particulier dans la matière des démembrements (sous-partie-2)

Chapitre 4. Les Servitudes

Section 1. Définition générale; éléments constitutifs essentiels; caractères et catégories

Par. 1er. Définition générale et économie générale ; objet de la servitude ; première comparaison avec le livre 3

1. **Rmq. préliminaire** : la matière des servitudes a beaucoup changé dans le livre trois : elle a connu une simplification considérable. Nous pourrions donc à certains moments faire l'économie d'un certain nombre de régimes caractérisant l'ancien Code civil.

C'est au total une bonne chose sur le plan pratique car il est vrai que le régime des servitudes sous l'ancien Code civil était parfois devenu inutilement complexe. Abordons d'abord ce qu'il en est de la définition de la notion même de servitude.

Nous développerons ci-après soit des parties reprenant ensemble l'ancien Code et le livre 3, soit les présentant successivement, en mettant l'accent sur le livre 3 plus particulièrement.

Rappelons que le livre 3 a fait le choix de traiter de la matière dans les relations de voisinage, après les articles concernant la mitoyenneté. Nous faisons quant à nous le choix délibéré de conserver l'exposé des servitudes à leur ancienne place en quelque sorte, car il s'agit d'un droit réel essentiel – et une forme de démembrement –, qui doit être enseigné nous semble-t-il après l'usufruit et avant l'emphytéose et la superficie, comme fait traditionnellement.

I. Article 637 de l'ancien Code civil et article 686 : un rapport entre « héritages (immeubles par nature) – et de fonds à fonds -, appartenant à des propriétaires différents

A. Le rapport réel (service foncier) : article 637 du Code civil (et article 686)

2. Après la matière de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, s'ouvre celle des servitudes dans l'ancien Code civil, aux articles 637 à 710*bis*, sous un titre IV intitulé “*Des servitudes ou services fonciers*”. Ce titre est divisé en trois chapitres, un chapitre I consacré aux servitudes qui dérivent de la situation des lieux, un chapitre II qui porte sur les servitudes établies par la loi, et un chapitre III qui porte sur les servitudes établies par le fait de l'homme. Dans l'ensemble, nous suivrons ce plan dans les développements qui vont suivre.

3. La notion générale de servitude est définie à l'**article 637** du Code civil : “*Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage*

appartenant à un autre propriétaire¹.

Les servitudes étaient importantes pour le développement harmonieux des fonds de terre, à la fin de l'Ancien Régime et en 1804, d'où leur place substantielle dans le Code civil. La servitude remonte directement au droit romain, qui connaissait la distinction entre les servitudes dites « *prédiales* » – correspondant à nos servitudes – et les servitudes dites personnelles, s'appliquant à des droits de jouissance, tels que l'usufruit. Le droit des servitudes malgré les aspects ci-après signalés, était largement encore influencé par le droit romain, en 1804.

Le Moyen-âge et l'Ancien Régime avaient été caractérisés par des abus importants dans l'utilisation des servitudes, dévoyant et étendant celles-ci jusqu'à admettre qu'elles puissent peser sur des personnes, à l'origine des corvées et autres charges (à un point tel que le servage était basé sur un principe d'assujettissement à une terre – et conséquemment, à son propriétaire - pour les serfs occupant celle-ci). Il en est résulté une grande prudence à l'endroit de la servitude, au moment de la Révolution française, synonyme de mise à bas des anciens privilèges et de proclamation de la liberté individuelle et de la propriété (cfr. art. 544 du Code civil) (au sujet de quelques éléments d'histoire du droit concernant les servitudes, cfr. H. De Page, *Traité*, ouvrage cité, 1^{ère} édition, t. 6, n° 489).

La servitude est dès lors définie prudemment à l'article 537, tandis que l'article **686**, dans la même perspective, prohibe les servitudes dites « *personnelles* ». D'autre part, l'article 543, utilise la terminologie de « *service foncier* », ce qui montre que la notion de « *servitude* » n'était pas loin d'être péjorative en 1804.

Cet arrière-plan historique a disparu au 19^{ème} siècle et surtout au 20^{ème} siècle, et les servitudes, dans toute leur variété et leur souplesse, se sont révélées constituer un droit réel essentiel dans la pratique, car il faut organiser les rapports entre les fonds ou bâtiments – rentrant dans la notion d' « *héritage* » -, aussi bien dans le cadre de la propriété foncière que dans les villes, et ce dans les propriétés - fonds ou des bâtiments -, mais également dans les rapports vers le haut – au-dessus du sol - ou vers le bas – en-dessous -.

4. On comprend pourquoi la définition donnée par l'article 637 insiste sur un élément essentiel de la servitude : il doit s'agir d'***un rapport de fonds à fonds, le fonds dominant, d'un part, qui bénéficie de la servitude, et le fonds servant d'autre part***, sur lequel pèse la servitude. La servitude est donc essentiellement de nature réelle, et ne peut impliquer en ordre principal un rapport de personne à personne² ; ce droit est en outre essentiellement immobilier.

Les deux biens doivent appartenir à deux propriétaires distincts. « Personne ne peut (en effet) avoir de droit réel (- de servitude -) sur son propre bien », en principe, ce qui est traduit par l'adage « *Nemini res sua servit* »³.

Le principe du rapport de fonds à fonds, et non de personne à personne, inhérent aux servitudes, est aussi affirmé, en des termes très forts, par **l'article 686 du Code**

¹Mis en évidence par l'auteur.

²Elle implique également des obligations réelles accessoires de faire : cfr. *infra*.

³ Auquel le livre 3 apportera deux dérogations pour des cas spécifiques : cfr. art. 3.114., al. 1, 1° et 2° : cfr. ci-après.

civil, qui est la première disposition concernant les servitudes établies du fait de l'homme :

“Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public”⁴.

Cette disposition était à nouveau la conséquence immédiate de la reconnaissance du principes de liberté individuelle (et d'autonomie de la volonté⁵), ce principe s'opposant à ce qu'une personne puisse être tenue par des obligations pour le seul motif d'un lien de cette personne à un fonds, autre qu'un véritable droit réel.

Il ne faudra pas cependant faire une lecture trop stricte de cette disposition, car, dans la pratique, les servitudes profitent toujours indirectement à des personnes, et pèsent sur d'autres. Nous verrons *infra* que la jurisprudence de la Cour de cassation a exprimé cette nuance qui tient à la réalité des choses.

5. La définition donnée par l'article 637 renvoie à un rapport réel entre des « *héritages* » (l'article 686 évoque des « *propriétés* »).

Quel est l'objet du droit de servitude ; sur quoi porte-t-il : qu'est-ce qu'**un héritage**, au sens précis du terme ? Il s'agit d'un ancien terme français, remontant à l'Ancien droit, qui s'applique aux **immeubles visés par l'article 518 du Code civil, donc aux immeubles par nature, à savoir les fonds et les bâtiments** (cfr. en ce sens aussi, J. Hansenne, Précis, *op. cit.*, t. 1, spéc. n° 1084, p. 1095). Les rapports entre les « *héritages* » sont également conçus comme devant être équilibrés, l'article 638 ajoutant que la servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre, s'opposant en cela à la pratique et la dérive ayant frappé la notion de servitude au Moyen Age, ayant impliqué un principe de hiérarchie féodale des terres, et partant de hiérarchie des personnes en fonction de leur position sur les terres (de seigneur à serfs par exemple).

Pour le reste, on utilise fréquemment, afin de décrire l'économie générale de la servitude, l'expression suivant laquelle elle instaure un rapport réel de fonds à fonds. Ces dernières notions ne doivent pas être prises au sens strict de fonds de terre, mais au sens large d'héritage, donc d'immeuble par nature. C'est en ce sens large que nous utiliserons cette notion de fonds ci-après.

La servitude implique en effet un rapport réel « *de fonds à fonds* ». Son *économie générale* a pour conséquence que l'un des fonds est le **fonds dominant**, bénéficiant de la servitude, tandis que celui sur laquelle elle porte est appelé **fonds servant**.

6. **Qui est le sujet de la servitude : pouvant octroyer une servitude ou être**

⁴Mis en évidence.

⁵ Etant entendu qu'il y aurait beaucoup à dire sur ce principe, non reconnu comme tel par les auteurs du Code mais se déployant à la fin du 19^{ème} et au 20^{ème} siècle (rebaptisé par certains par les termes de « *liberté contractuelle* », sans doute plus adéquat) ; sur l'autonomie de la volonté, cfr. P. Wéry, *Droit des obligations*, vol. 1, Larcier, 2010, n°984 et s. ; y compris la critique du principe, expression d'une approche libérale du contrat.

tenu par elle : le propriétaire d'un héritage par rapport à un autre appartenant à un autre. Il faut donc deux propriétaires distincts.

Nous verrons que le livre 3 rompt, à des fins pratiques justifiées, avec cette réalité première de l'ancien Code civil, à savoir celle de la servitude en tant que rapport foncier entre deux héritages appartenant à des propriétaires distincts.

Il permettra en effet :

- par l'article 3.114., al. 1^{er}, 1^o à des titulaires de droits d'usage de constituer des servitudes sur les biens concernés (n'étant donc plus axés sur des propriétaires) ;
- et dans certains cas, une servitude pourra être constituée sur un bien impliquant indirectement le propriétaire du premier (par exemple en cas de copropriété : cfr. al. 1^{er}, 2^o).

Il s'agit d'une innovation importante qui dynamisera indiscutablement le droit des servitudes.

D'autre part, le point de départ de la notion de servitude sera dorénavant celle d'immeuble.

7. Toute servitude, considérée du point de vue du fonds dominant, est dite servitude *active*. Considérée du côté du fonds servant, elle est servitude *passive* (cfr. J. Hansenne, *Précis, op. cit.*, t. II, spéc. n° 1096, réf. 19). Cette terminologie pourra être reprécisée *infra* mais vient et réalité, semble-t-il, d'un autre auteur antérieur important, à savoir Galopin (cfr. *Les biens*, ouvrage cité, n° 244). Toute servitude implique donc un pôle actif et un pôle passif, suivant qu'on la considère du point de vue du fonds dominant ou du fonds servant⁶ (cfr. encore ci-après, n° 9).

8. Une autre distinction a souvent été établie en doctrine : celle entre les servitudes *positives*, d'une part, et les servitudes *négatives*, d'autre part, distinction sur laquelle nous reviendrons *infra*.

Les servitudes *positives* permettent au propriétaire du fonds dominant de faire quelque chose - prestation positive de faire -, **sur le fonds d'autrui**, donc que le propriétaire du fonds servant devra supporter sur **son** fonds - par exemple la servitude de passage qui impose au fonds servant de subir un passage au profit du fonds dominant -.

Tandis que les servitudes *négatives* ont une moindre intensité et permettent que le propriétaire du fonds dominant demande au propriétaire du fonds servant de ne pas faire quelque chose **sur son fonds**, et qu'il soit donc tenu par une obligation réelle d'abstention - prestation négative de ne pas faire -, comme cela peut être le cas d'une servitude de « *non aedificandi* », c'est-à-dire de ne pas bâtir, ou de « *non altius tollendi* », c'est-à-dire de ne pas exhausser des ouvrages existants, qui impose au propriétaire du fonds

⁶L'article 638 du Code civil précise toutefois que : «*La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre*». Cet article contient une simple précision par rapport à l'article 637 et l'on n'en déduit pas de règle particulière.

servant des interdictions d'agir.

Cette dernière distinction ne présente pas un grand intérêt pratique, mais bien un intérêt théorique et conceptuel. Elle fait apparaître la relation juridique réelle qu'implique la servitude, qui s'articule en deux temps : 1) dans un premier temps, la servitude engendre un rapport réel immobilier de fonds à fonds; l'un subit une charge, un service foncier au profit de l'autre; 2) il en découle ensuite que le propriétaire du fonds dominant peut faire valoir activement le lien de service vis-à-vis du propriétaire du fonds servant, qui doit le supporter passivement dans le cadre de son fonds : et à cet égard, l'intensité du lien de service croît : 2) i) de l'obligation *passive* pour le propriétaire du fonds servant - de ne pas faire quelque chose -, qui contrebalance un droit accessoire réel dans le chef du propriétaire du fonds dominant; 2) ii) à un véritable droit de faire quelque chose sur le fonds servant - passer, puiser de l'eau ... -, par exemple - qui doit être respecté par le propriétaire du fonds servant subissant une charge *active* au profit du fonds dominant.

Le livre 3 la reconnaît à la fin de l'article 3.114., analysé ci-après.

9. L'exposé des motifs ajoute encore des précisions utiles sur les types de servitudes concernés faisant bien apparaître l'idée que **la servitude est une charge réelle qui fait naître des obligations réelles principales ou accessoires, de faire ou de ne pas faire**, comme suit : « *Il est important également d'inclure la notion d'obligations réelles accessoires, qu'elle soit positives ou négatives et d'indiquer le régime légal. Le projet est neutre par rapport à la question (de savoir) si ses obligations réelles sont externes ou inhérentes à la servitude(...). Dans la même perspective de simplification et de modernisation est proposée la suppression de l'article 687 actuel qui opérait une distinction, aujourd'hui inutile, entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales* » (cfr. ci-après à ce sujet ; Exposé des motifs, doc. cit., spéc. p. 212 et 213).

II. La définition du livre 3 : article 3.114 : un rapport entre immeubles (dits « fonds »)

A. Article 3.114. al. 1er

10. Le **livre 3** définit la notion de servitude comme suit, à l'alinéa 1^{er} de l'article **3.114.** :

« *Une servitude est une charge grevant un immeuble, dit fonds servant, pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à autrui, dit fonds dominant* » (mis en évidence et souligné).

Cette première partie est classique et convaincante ; elle implique en principe des propriétaires différents, l'un du fonds servant et l'autre du fonds dominant ; la référence à la notion d'immeuble va-t-elle plus loin que la notion d'immeuble par nature classique ? Il semble que non (cfr. ci-après).

11. L'**exposé des motifs** apporte d'intéressantes précisions sur l'optique poursuivie quant à la définition, qui, on le voit, définit la servitude comme un **rapport entre des « immeubles »** :

« *Il paraît adéquat au XXI^e siècle de remplacer le mot fonds, visant au premier*

chef le fonds de terre, par le mot immeuble, plus large, afin d'être davantage en phase avec les modifications opérées, notamment au titre du droit de superficie : les hypothèses où une personne est propriétaire d'un bâtiment ou d'un volume sans l'être du sol sont en effet de plus en plus nombreuses.

*Dorénavant, une servitude peut être constituée en faveur ou à charge d'**un bâtiment seulement**⁷, sans que le sol en dessous appartienne à la même personne. Ont été conservés toutefois les termes habituels de fonds dominant et fonds servant, utilisés seuls ou en désignant le titulaire, au sens large, du fonds servant ou dominant, afin précisément d'**inclure aussi bien le propriétaire que le titulaire d'un droit réel d'usage qui constituerait dans les limites de son droit une servitude** » (cfr. Exposé des motifs, spéc. p. 212 ; nous mettons en évidence et soulignons ; il est fait ensuite référence au phénomène de « *multiplication des droits réels* », qui, il est vrai, existe⁸).*

Trois éléments résultent de ces précisions : 1) il est donc mis l'accent sur un rapport d'immeuble à immeuble, et donc de fonds dominant à fonds servant ; notons que c'est à tort, semble-t-il, qu'il est précisé que l'ancien Code civil visait exclusivement la notion de fonds ; il définissait en effet la servitude comme un rapport entre « *héritages* » c'est-à-dire des immeubles par nature, pouvant comprendre à notre avis des bâtiments ; 2) on voit que le rapport « *de fonds à fonds* » est conservé comme base de la notion, ce qui est pertinent : 3) on constate implicitement que les titulaires de droits pouvant constituer des servitudes, ne sont plus simplement des propriétaires et sont considérablement accrus en nombre potentiel en ce que les titulaires de droits d'usage peuvent constituer des servitudes sur les biens concernés : il s'agit d'une réforme importante ; il faudra bien sûr que le droit du propriétaire sous-jacent soit respecté en vertu du principe « *Nemo plus juris transferre potest quam ipse habet* ».

Les développements qui précèdent font apparaître ces deux principes ici appliqués et pas –ou peu - encore rencontrés dans les matières précédentes, mais pertinent en droits réels, auxquels nous en ajoutons un 3^{ème} déjà vu dans d'autres contextes et revu *infra* :

- 1) « *Nemini ...* » ;
- 2) « *Nemo plus juris ...* » ;
- 3) et « *Accessorium sequitur* » (cfr. aussi ci-après analyse des caractères des servitudes).

B. Article 3.114. : suite

12. La suite de l'article est dès lors résolument nouvelle en ce qu'elle déroge à la condition de relation entre des propriétaires différents, déterminant la notion de servitude, dans des situations où une telle dérogation paraît pertinente.

⁷ Cette proposition est étrange : pourquoi une servitude ne pourrait-elle pas exister, sous l'ancien Code, entre deux bâtiments – immeubles par nature - appartenant à des propriétaires distincts. Cette question devrait être approfondie.

⁸ Pour une analyse approfondie et pertinente du nouveau régime du livre 3, cfr. l'étude de S. Boufflette, in « Le nouveau droit des biens », Larquier, novembre 2020, p. 265 et s., dont le n° 2 s'arrêtant sur la nouvelle définition de la servitude. Le soussigné n'a cependant pas pu prendre connaissance de l'étude en question, en temps utile, pour en tenir compte dans la rédaction de la partie qui va suivre.

Elle est la suivante :

« *Une servitude peut également être constituée entre :*

1° deux immeubles appartenant à la même personne si l'un d'entre eux est grevé d'un droit réel usage au profit d'un tiers ;

2° deux immeubles dont la même personne est pour l'un propriétaire et pour l'autre copropriétaire » (mis en évidence).

13. L'avant-dernier alinéa de l'article prévoit, à nouveau d'une façon éclairante et pédagogique, que :

« *La servitude consiste soit, pour le titulaire du fonds servant, à s'abstenir de certains actes d'usage, soit à permettre certains actes d'usage au profit du fonds dominant. Dans les deux cas, la servitude doit être en rapport direct et immédiat avec le fonds dominant »*.

L'on comprend que l'article insiste sur le caractère réel, et non personnel, de la servitude (une relation de fonds à fonds), d'où la fin de l'article qui fait penser à l'article 686 actuel prohibant les servitudes conventionnelles « *personnelles* » (principe qui aurait pu être repris expressément plus complètement par ce que nous appellerions une forme de fidélité historique).

14. En outre, la distinction est posée *in fine* correspondant à celle existant entre les servitudes positives et les servitudes négatives :

« *La servitude peut inclure des obligations positives ou négatives qui sont complémentaires à la charge principale constituant la servitude et qui suivent le régime réel de celle-ci »*.

L'exposé des motifs apporte les précisions suivantes à ce sujet. Alors que la définition n'insiste plus sur la prohibition du caractère personnel des servitudes « *La définition proposée fait en revanche mieux apparaître que la servitude peut consister dans une utilité positive du fonds d'autrui - utilité qui peut demeurer conservée par le titulaire du fonds servant pourvu que, ce faisant, il ne gêne pas l'exercice de la servitude concédée – ou, au contraire, dans l'abstention par le titulaire du fonds servant de certains actes d'usage de sa chose* », ce qui implique alors la notion de servitude « *négative* » (cfr. Exposé des motifs, spéc. p. 212).

Par. 2. Approfondissement : éléments constitutifs essentiels; caractères des servitudes et jurisprudence de la Cour de cassation sur la notion de servitude (art. 637 du Code civil – art. 3.114.) et le caractère naturellement perpétuel de celle-ci

I. Éléments constitutifs essentiels

15. Le droit réel de servitude, ou service foncier, implique la réunion de trois éléments constitutifs essentiels :

1) il doit exister un lien **réel**, de nature immobilière, à savoir un **rapport entre deux**

immeubles (essentiellement, mais pas seulement, des fonds⁹), en vertu duquel l'un de ces fonds est affecté au service de l'autre ; l'on notera que les fonds ne doivent pas nécessairement être voisins et qu'un fonds peut bénéficier de servitudes pesant sur plusieurs autres fonds (comme un droit de passage par exemple, qui serait exercé au travers de plusieurs autres fonds) ; d'autre part, l'article 686 du Code civil, que nous venons de voir, insistait sur l'importance du rapport direct de fonds à fonds, et non de personne à personne : la législateur a ainsi eu la volonté de mettre en évidence le fait que les servitudes, en tant que droits réels, s'exercent directement par l'intermédiaire de fonds ;

2) les deux fonds devaient appartenir à **des propriétaires différents** - ce que prévoit l'article 637 en visant "*un autre propriétaire*" -, mais une évolution importante est apparue avec l'article 3.114., comme vu ci-dessus ; à cet égard, observons que :

- cet élément était mis en évidence par l'article **637** et un rapport pesant sur deux parties d'un fonds appartenant au même propriétaire ne fait pas naître directement une servitude, sauf à démontrer la réunion des conditions de la destination du père de famille, que nous examinerons *infra*; ce deuxième caractère essentiel se justifie par l'idée que le propriétaire du fonds dominant ne peut, par définition, être titulaire d'un droit différent sur son propre fonds - ou contre lui-même -, lequel fonds ne peut donc être à la fois bénéficiaire et tenu par un droit à cet égard : c'est ce qu'exprime l'adage latin "*Res sua nemini servit*";
- mais l'**article 3.114.** a étendu le mécanisme par les éléments de flexibilisation que nous avons signalés ci-dessus : le nouveau rapport peut notamment exister entre des immeubles et la constitution peut émaner d'un titulaire de droit d'usage (et sans doute s'exercer à l'égard d'un bien dans les mains dans autre titulaire de droit d'usage) ;

3) la servitude doit présenter une certaine **utilité pour le fonds dominant** :

- ce principe ainsi que la dimension personnelle indirecte des servitudes, ont été exprimés excellemment par la Cour de cassation par l'arrêt du 16 mai 1952 rendu dans une affaire "*Pasquier*" (cfr. **Décision n° 51**, *infra*), en rapport avec l'article 686 du Code civil, arrêt dont le contenu peut être généralisé à toutes les servitudes: "*(...) les termes de l'article 686 du Code civil (...) ne peuvent être pris dans un sens littéral; (...) le service foncier, tout comme le droit personnel, profite toujours à des personnes; (...) il y a servitude réelle, et non droit personnel, dès que le service est en rapport direct et immédiat avec l'usage et l'exploitation d'un fonds, n'eût-il d'autre effet que d'accroître la commodité de cet usage ou cette exploitation; qu'en accroissant la commodité de l'exploitation du fonds, le service lui procure une plus-value et est donc établi pour le fonds, au sens de l'article 686 du Code civil*" (cfr. *Pas.*, 1952, I, p. 597) ;

⁹ On sait que le fonds « *de terre* » - « *grond* » - est devenu l'immeuble par nature par excellence et qu'il comprend des volumes : cfr. art. 3.47.

- ce principe demeure pertinent dans le cadre du livre 3 ;

- ce principe est l'expression d'un principe plus général - dont on pourrait défendre l'existence en tant que principe général du droit¹⁰ -, suivant lequel les droits personnels, dont ceux résultant de conventions en particulier, et les droits réels, doivent présenter une certaine **utilité** pour leur titulaire, à l'origine d'un lien obligataire ou réel, à défaut de quoi ils ne seraient pas reconnus par le droit positif.

II. Caractères des droits de servitudes

16. Les servitudes présentent les caractères suivants, d'où aussi certaines conséquences immédiates :

1) il s'agit d'un droit **réel**; il en découle un droit de suite dans le titulaire du propriétaire du fonds dominant, et dès lors que :

i) ce dernier dispose d'une action réelle ("*actio in rem*") pour faire valoir son droit de suite, dénommée **action « confessoire » de servitude**, qui vise à faire reconnaître ou respecter la servitude et ses modalités d'exercice, entre parties ou à l'égard de tout tiers ; c'est donc une forme d'action en revendication adaptée à la servitude;

ii) la servitude n'engendre aucun droit et aucun rapport personnel entre les propriétaires de fonds ; l'on enseigne également, dans cette perspective, qu'elle ne peut faire naître, à titre principal, qu'une obligation négative (obligation de ne pas faire comme il résulte par exemple d'une *servitude non aedificandi*) ou une obligation passive (obligeant à supporter un service) à charge du propriétaire du fonds servant (cfr. M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 369); on précisera toutefois que ces obligations sont des obligations réelles principales – ou accessoires - inhérentes aux droits réels de servitudes concernés et nous verrons que les servitudes du fait de l'homme sont aussi susceptibles d'engendrer certaines obligations réelles accessoires, de faire ; ces principes valent encore sous le livre 3 mais il y est moins insisté ;

iii) la servitude ne peut être consentie que par le titulaire du droit réel sur le fonds servant - généralement un droit de propriété -, dont la servitude constitue une forme de démembrement¹¹;

2) ce droit est un droit **essentiellement immobilier** : la servitude ne peut en effet être établie que sur un "*héritage*" comme l'énonce l'ancien Code civil, sur une « *immeuble* » comme le prévoit l'article 3.114., et l'on peut penser qu'il ne peut s'agir que de **fonds ou bâtiments** (cfr. Exposé des motifs cité *supra*). Il en découle que lorsque la servitude est constituée par convention, elle doit être constatée par acte authentique, lequel doit être transcrit pour être rendu opposable aux tiers, en application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire (cfr. aussi le nouveau régime de la publicité foncière en vertu du Livre 3), et l'on voit par ailleurs que la validité de la servitude entre parties ne requiert pas le respect de ces formalités ni même en principe la conclusion d'un contrat écrit ;

3) ce droit est **essentiellement accessoire** et il suit dès lors le sort de

¹⁰Celui-ci n'est cependant pas encore reconnu.

¹¹Quoique moins précis dans son contenu, en tant que démembrement, que pour les droits d'usufruit, de superficie ou d'emphytéose.

l'immeuble ou du fonds auquel il est attaché (cfr. application du principe général du droit "*Accessorium sequitur principale*"); en conséquence :

i) la servitude se transmet automatiquement avec la propriété du fonds, au profit du nouveau propriétaire du fonds dominant, et à charge du nouveau propriétaire du fonds servant, lequel peut être ainsi tenu d'obligations réelles accessoires liées à la servitude (à ce sujet, cfr. *infra*, régime de l'article 699 du Code civil et règles similaires, sous quelques réserves, sous le livre 3);

ii) il n'est dès lors pas nécessaire, en théorie et en principe, d'en mentionner l'existence dans l'acte translatif du fonds dominant ou du fonds servant; en pratique et pour des raisons de sécurité juridique, vu l'importance concrète de ce droit réel, d'éventuelle responsabilité notariale, une telle mention est habituelle et usuelle;

iii) en vertu de l'article 1615 du Code civil, qui appartient au droit de la vente, les servitudes sont des accessoires de la chose que le vendeur s'engage à délivrer;

iv) les obligations réelles principales de ne pas faire, et accessoires de faire, liées à la servitude, se transmettent avec cette dernière et le fonds dont la servitude est l'accessoire; elles lient donc directement les nouveaux propriétaires de ce fonds; elles prennent aussi fin avec la propriété du fonds ;

4) le droit de servitude est **naturellement - mais non essentiellement -, perpétuel**, car, en tant qu'accessoire du fonds - et utile à ce dernier - et de la propriété du fonds, il est perpétuel en principe au même titre que cette propriété. Cette caractéristique n'est cependant pas essentielle et la servitude peut donc être affectée d'une condition résolutoire ou d'un terme extinctif soumis par ailleurs au régime classique de droit des obligations.

Deux arrêts de la Cour de cassation illustreront le principe suivant lequel la perpétuité des servitudes est de leur nature mais non de leur essence, et la notion même de servitude en tant que rapport de fonds à fonds et non de personne à personne (le second arrêt éclaire en particulier cette dernière dimension réelle de la notion de servitude). Ces deux arrêts dégagent des enseignements de principe qui demeurent pertinents pour appréhender le livre 3. L'on peut donc les examiner, d'autant plus qu'il s'agit de belles applications classiques de servitudes ayant aussi un goût – et le charme - de l'ancien droit. On se concentrera surtout sur la première décision.

III. Jurisprudence de la Cour de cassation sur la notion de servitude et sur le caractère naturellement perpétuel des servitudes qui peuvent être affectés d'un terme extinctif ou d'une condition résolutoire (mais limités à cet égard)

17. Les deux arrêts en question sont analysés comme suit. Le premier est le plus important.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1952 : affaire "Pasquier"*** (Pas., 1952, I, p. 597; Décision n° 51)

En 1924, les consorts Pasquier avait acquis un hôtel particulier situé rue de Fer à Namur, contigu à un immeuble dont le vendeur demeurait propriétaire. L'acte de vente contenait la clause suivante, quelque peu alambiquée : "*La porte existant au-delà du porche dans l'allée*

conduisant à la cour restera exister, mais seulement pour l'usage des sous-locataires de la maison ici vendue, et pour autant que les acquéreurs en restent propriétaires par eux-mêmes ou tant que durera l'indivision après leur décès". Cette clause profitait à l'immeuble des consorts Pasquier, mais s'agissait-il d'une servitude, plus précisément une **servitude de passage du fait de l'homme, conclue par convention** ?

Par la suite, les vendeurs initiaux vendirent leur immeuble contigu, dans le cadre duquel existait l'obligation de laisser le passage, à un acquéreur, la société Union Coopérative, qui fut amenée à soutenir que la clause ne pouvait avoir fait naître une servitude au profit du fonds des consorts Pasquier - fonds dominant -, à charge de l'immeuble qu'elle avait acheté - fonds servant -. Pour cette société, la clause n'avait engendré qu'un droit personnel au profit des sous-locataires de l'immeuble "Pasquier", eu égard à la manière dont elle était libellée¹².

L'Union Coopérative soutint plus précisément que :

1) la clause n'était pas valable en tant que servitude, car une servitude ne peut profiter à des personnes et peser sur des personnes (cfr. art. 686 du Code civil) ;

2) la validité d'une telle "*servitude*" était affectée par le fait que la clause prévoyait une condition résolutoire, personnelle au propriétaire actuel du fonds, ce qui n'était pas admissible, une servitude ne pouvant être affectée d'une condition résolutoire et étant essentiellement perpétuelle.

Cette belle affaire posait donc la double question de la définition de la servitude et du caractère perpétuel de cette dernière. Le juge du fond, à savoir le tribunal de première instance de Namur, répondit positivement sur les deux points : la clause litigieuse était bien, selon lui, constitutive d'une servitude¹³, et une servitude pouvait être affectée d'une condition.

L'Union Coopérative se pourvoit en cassation sur les deux plans (d'où un pourvoi articulé en deux branches), celui de la notion de servitude et celui de sa durée, en soutenant qu'une servitude ne pouvait être assortie d'un terme ou d'une condition, étant par essence perpétuelle.

C'est à juste titre que la Cour de cassation a rejeté le pourvoi sur l'un et l'autre fronts.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

Après le rappel des énonciations du juge du fond, la Cour de cassation s'est prononcée comme suit :

1) quant à la première branche sur la notion même de servitude : "*Attendu que les termes de l'article 686 du Code civil, dont le pourvoi fait particulièrement état, ne peuvent être pris dans un sens littéral; Que le service foncier, tout comme le droit personnel, profite toujours à des personnes; Qu'il y a servitude et non droit personnel, dès que le service est en rapport direct et immédiat avec l'usage et l'exploitation d'un fonds, n'eût-il d'autre effet*

¹²En visant notamment les sous-locataires du bien, auxquels elle profitait.

¹³Et cette servitude était évidemment conventionnelle et non légale.

que d'accroître la commodité de cet usage ou cette exploitation; qu'en accroissant la commodité de l'exploitation du fonds, le service lui procure une plus-value et est donc établi pour le fonds, au sens de l'article 686 du Code civil" (mis en évidence); la Cour a ensuite appliqué cette définition à l'examen de la décision de fond et a considéré que cette dernière avait légalement décidé, de façon implicite mais certaine, que le droit de passage litigieux était constitutif de servitude conventionnelle car ce droit avait été établi pour augmenter la commodité de l'usage et de l'exploitation de l'immeuble appartenant aux consorts Pasquier¹⁴;

2) quant à la seconde branche sur le caractère perpétuel des servitudes, reprochant au jugement d'avoir admis l'existence d'une servitude soumise selon le pourvoi à une condition résolutoire dépendant de la seule volonté du propriétaire du fonds dominant, la Cour décide que : "(...) *si la servitude réelle est en principe perpétuelle, aucune règle légale ne s'oppose à ce que le droit du propriétaire du fonds dominant soit affecté d'un terme ou d'une condition résolutoire; Que s'il est affecté d'une condition résolutoire, l'avènement de la condition ne produit toutefois effet que pour l'avenir, en raison de l'impossibilité d'effacer les effets de la servitude pour le passé; Attendu que le fait que le maintien de l'existence de la servitude est conditionné par le maintien du droit de propriété du fonds dominant dans le chef de l'acquéreur ou de ses héritiers demeurant dans l'indivision, n'a point pour conséquence que l'on ne peut reconnaître au service le caractère d'une servitude réelle; Attendu que le moyen en aucune de ses deux branches ne peut être accueilli*" (mis en évidence).

Commentaires et conclusion

Deux principes et quelques précisions se dégagent de cet arrêt et s'imposent, à la suite de son analyse.

D'abord, l'arrêt nous livre une définition convaincante du droit réel de servitude, en tant que service foncier, en mettant en évidence que ce type de droit peut profiter indirectement à des personnes, mais non directement, au risque de devenir une "*servitude personnelle*", contradiction dans les termes en principe prohibée par l'article 686 du Code civil¹⁵.

Le juge du fond apprécie souverainement l'existence de la servitude dans les faits de la cause, sous le contrôle marginal de la Cour de cassation qui vérifiera si le juge n'a pas violé, essentiellement : 1) la notion légale de servitude; 2) la convention-loi et la force obligatoire des conventions (cfr. art. 1134, al. 1^{er}, du Code civil); 3) la foi due à l'acte constitutif de servitude (cfr. art. 1319, 1320 et 1322 du Code civil)¹⁶ (cfr. les nouvelles dispositions du livre 8 au sujet de la foi due aux actes sous signature privée).

¹⁴La Cour a précisé que l'absence d'exercice de la servitude dans le cas où il n'y aurait pas d'occupants de l'immeuble ou de sous-locataires en fait, ne faisait pas obstacle à son existence, au motif que "*cette circonstance n'est point inconciliable avec le caractère réel de la servitude; (...) celle-ci (étant) une servitude discontinue qui requiert le fait actuel de l'homme pour être exercée*". Peu importe que ce fait ne soit pas exercé de façon permanente ou régulière, sauf cause d'extinction totale et perte totale d'utilité.

¹⁵Nous reviendrons *infra* sur cette question des "*servitudes personnelles*", qui sont en principe prohibées dans le cadre des servitudes conventionnelles.

¹⁶A ce sujet, cfr. aussi *infra, ibidem*.

Ensuite l'arrêt énonce le principe suivant lequel les servitudes sont naturellement, mais non essentiellement, perpétuelles.

Les servitudes peuvent dès lors être affectées :

1) soit d'un **terme extinctif** : événement futur et certain, à tout le moins dans son principe, ou quant à sa date¹⁷ : à cet égard, on constatera que la clause litigieuse dans cette affaire était constitutive d'un terme extinctif et non d'une condition résolutoire - événement futur et incertain -, car il était certain, quant au principe de l'événement, que les consorts Pasquier cesseraient un jour, fût-il très lointain, d'être propriétaires de l'immeuble en question, et l'indivision devrait également prendre fin entre leurs héritiers après leur décès¹⁸;

2) soit d'une **condition résolutoire**, événement futur et incertain, extérieure à la convention (s'il était intrinsèque, ce serait une éventualité) dont la Cour a eu raison de préciser qu'il ne pourrait opérer que pour le futur, dès lors qu'il serait sans influence sur les effets passés de la servitude, ayant engendré des prestations successives au profit du propriétaire du fonds dominant (cfr. aussi analyse de droit des obligations, au sujet de la résolution sans effet rétroactif à l'égard des contrats à prestations successives), et le principe eût bien évidemment été le même en ce qui concerne un terme extinctif.

Reste à s'interroger sur la précision suivant laquelle la servitude pourrait être affectée d'une condition résolutoire dépendant de la cession de la propriété du fonds *dominant*. Est-ce que cela signifie implicitement qu'elle pourrait être affectée d'une condition résolutoire, en dépendant de la cession de la propriété du fonds *servant*, et quel serait le fondement d'une éventuelle réponse positive à cette question ?

Une note sous l'arrêt, signée des initiales "**R.H.**" - à savoir le procureur général **Raoul Hayoit de Termicourt** - est éclairante à ce sujet : "*Bien que l'une des caractéristiques de la servitude soit que celle-ci peut être exercée par le propriétaire du fonds dominant, quel qu'il soit (De Page, t. VI, n° 509; Josserand, t. Ier, n° 197; Baudry-Lacantinerie, t. VI, n° 815), on ne considère généralement point cette caractéristique comme de l'essence de la servitude.*

C'est pourquoi une servitude peut légalement être limitée au temps pendant lequel le propriétaire du fonds dominant, conservera la propriété de ce fonds (Laurent, t. VIII, n° 333; Aubry et Rau, t. III, § 247; Duranton, édit. 1841, t. III, n° 680). En revanche, il semble que limiter le service au temps pendant lequel le propriétaire du fonds servant, au jour de l'acte constitutif de la servitude, conservera la propriété du fonds soit contraire à la notion légale de servitude. Le droit de servitude, en effet, est non seulement de sa nature, mais par essence, un droit réel immobilier. On soutiendrait dès lors malaisément que ce droit pût s'éteindre par toute aliénation du fonds qu'il grève" (ibidem, spéc. p. 598, note 5 ; mis en évidence par nous).

Cette analyse est convaincante mais pourrait encore être nuancée à la lumière d'analyses doctrinales contemporaines.

¹⁷Exemple de terme certain dans son principe mais incertain quant à sa date : le décès d'une personne.

¹⁸Cfr. art. 815 du Code civil.

D'abord, ce n'est pas la notion même de servitude qui est en jeu et justifie cette argumentation. C'est plutôt le raisonnement suivant : une servitude qui dépendrait de la décision de vendre le bien grevé par le propriétaire du fonds *servant*, pourrait être qualifié de servitude affectée d'une condition résolutoire purement potestative dans le chef du débiteur, encourageant un risque d'invalidation en application de l'article 1174 du Code civil¹⁹.

Si la question de l'application de cet article, non seulement aux conditions suspensives mais aussi aux conditions résolutoires, est discutée en doctrine, je souscris aux analyses du professeur P. A. Foriers sur le sujet, qui a démontré que cette application aux conditions résolutoires n'était pas exclue - ce qui va dans le même sens, au demeurant, que l'analyse du Procureur général Hayoit de Termicourt -, ni conceptuellement ni au regard de la jurisprudence, et qu'il faudrait voir dès lors si la condition résolutoire en question aurait pour conséquence de priver de lien obligatoire l'obligation en jeu, sans utilité pour le créancier, ce qui pourrait en faire alors une condition purement potestative tombant dans le champ d'application de l'**article 1174 du Code civil**²⁰.

A cet égard, **deux hypothèses** peuvent être distinguées :

1) soit, la condition résolutoire réside dans la décision de vendre le fonds servant, **par le propriétaire du fonds servant**, d'où l'extinction de la servitude : la servitude, quoique purement potestative, ne serait pas nécessairement toujours nulle; en effet, il faudrait voir si le propriétaire ne paie pas d'un certain prix cette extinction, notamment au travers des autres conséquences de la vente de son bien, et, en outre, la servitude a selon toute vraisemblance impliqué un certain nombre de prestations passées;

2) soit, la condition résolutoire purement potestative réside dans une décision du **propriétaire du fonds servant toujours, mais sans autre conséquence pour lui et sans contrepartie pour le propriétaire du fonds dominant** : dans ce cas, cette condition résolutoire pourrait être qualifiée de purement potestative et pourrait être invalidée en application de l'article 1174 du Code civil²¹.

¹⁹Cfr. aussi M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 372.

²⁰Cfr. l'étude de cet auteur, "Propos sur la condition résolutoire purement potestative", in *Liber Amicorum* Y. Merchiers, Die Keure, 2001, p. 115 et s., et cette double conclusion : *"En réalité, en pratique, la condition résolutoire purement potestative ne crée de vraie difficulté que si, dans l'esprit des parties, elle peut être mise en oeuvre avant même l'exécution (éventuellement partielle) du contrat et si, dans ce cas, elle n'est pas subordonnée au paiement d'une somme d'argent - qui à l'instar des arrhes, constituerait le prix de la faculté de dédit. Il est évident, à cet égard, par exemple, que, pris isolément, l'engagement de faire quelque chose sous condition résolutoire purement potestative dans le chef du débiteur n'a, en principe, pas de sens, s'il ne devait être exécuté qu'à terme lointain en sorte que le débiteur pourrait- à son gré, s'en départir. Dans ce cas, en effet, la rétroactivité de la condition ferait disparaître, en pratique, toutes les traces de l'engagement. "* (cfr. p. 124, n° 12). *"(...) Par conséquent, si, en règle, rien n'empêche l'article 1174 de s'appliquer à la condition résolutoire, encore faut-il que, dans chaque cas, l'on vérifie si la faculté de résolution arbitraire réservée au débiteur de l'obligation prive la convention de toute utilité et a pour effet de ruiner l'efficacité du rapport obligatoire"* (cfr. p. 125, n° 12).

²¹Outre un effet possible d'invalidation sur l'ensemble de la convention en application des articles 900 et 1172 du Code civil : cfr. à ce sujet Cours de droit des obligations.

Il est vrai toutefois que ce genre de question se pose rarement en pratique. Les conditions résolutoires purement potestatives sont peu fréquentes dans les conventions et elles le sont encore moins dans les servitudes conventionnelles.

Nous retrouverons toutefois ce type de question en matière d'**emphytéose** car, si les conditions résolutoires, opérant avant le nouveau terme minimum de 15 ans (cfr. art. 3.169. ; 27 ans dans le cadre de la loi de janvier 1824 ancienne), sont rendues en principe valides (suivant une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation ayant admis les clauses de conditions résolutoires, que nous analyserons brièvement), c'est sous la restriction que « *le droit d'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de quinze ans du seul fait de la volonté de l'une des parties* », ce qui rejoint très exactement le type de problème que nous venons de souligner et résoudre²² en matière de servitude (et qui demeure pertinent pour cette dernière sous le livre 3).

2) Arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2000 (Pas., 2000, I, p. 329);

Aux termes d'un acte de vente du 29 août 1929, il était prévu que : « *Les vendeurs se réservent pour eux et pour leurs ayants droit un droit de passage à pied et avec véhicule sur la partie du terrain indiquée sous forme triangulaire au (...) plan* », joint à l'acte authentique de vente.

Il s'agissait donc d'une **servitude conventionnelle de passage**, l'existence et l'origine de la servitude n'étant pas contestées. Par la suite, les propriétaires du fonds servant prétendirent que la servitude s'était éteinte en application de l'article 710bis du Code civil - sur lequel nous reviendrons *infra* - qui prévoit un mécanisme d'extinction des servitudes lorsqu'elles ont perdu « *toute utilité* » pour le fonds dominant. La perte d'utilité doit être totale, et le juge du fond décida qu'il n'y avait pas perte d'utilité en l'espèce, notamment au motif que le passage était encore utile aux personnes jouissant du fonds dominant et de la servitude.

Un pourvoi en cassation fut introduit par les propriétaires du fonds servant qui prétendirent que le juge du fond n'avait pas répondu à leurs conclusions sur certains points (cfr. première branche), et qu'il avait violé la notion légale de servitude, notamment en ce qu'il avait statué à la lumière d'un rapport de droit existant de personne à personne - conception subjective de l'utilité et de sa perte, selon le pourvoi -, et non un rapport de fonds à fonds (cfr. 2^{ème} branche).

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a rejeté la première branche en estimant que le juge avait répondu aux conclusions des demandeurs en cassation. Nous intéressons au premier chef la motivation qui concerne le rejet de la seconde branche, portant sur la notion de servitude. Elle se situe dans la lignée de l'arrêt précédent et doit être approuvée :

1) Rappel de la notion de servitude : « *Attendu que les termes des articles 637 et 686, alinéa 1^{er}, du Code civil, sur lesquels se fonde le moyen, ne peuvent être pris dans leur sens littéral; que le service foncier profite toujours à des personnes; qu'il y a servitude dès que le service est en rapport direct et immédiat avec l'usage et l'exploitation d'un fonds, n'eût-il d'autre effet que d'accroître la commodité de cet usage et de cette exploitation; que, par cette commodité accrue, le service procure au fonds une plus-value et est donc établi pour ce fonds, au sens des dispositions légales précitées* »;

Commentaire : on notera que la Cour se réfère ici non seulement à l'article 686 du Code civil, comme dans l'arrêt précédent, mais aussi à l'article 637, ce qui est un élément supplémentaire du raisonnement qui a pour conséquence que le principe dégagé vaut pour tout type de servitude, et donc pas seulement pour les servitudes conventionnelles. Il n'y avait d'ailleurs aucune raison de penser le contraire;

2) Application des principes en fonction des énonciations du juge du fond et pouvoir souverain d'appréciation de ce dernier sous la réserve des notions légales de servitudes et d'utilité du fonds, ainsi que du respect de la force obligatoire des conventions : « *Attendu que le jugement attaqué constate que la servitude litigieuse tend, aux termes de l'acte qui l'a établie, à assurer aux propriétaires du fonds dominant, et à leurs ayants droit un droit de passage à pied et avec véhicule sur la partie de terrain sur laquelle elle s'exerce;*

*Attendu qu'il résulte des considérations du jugement attaqué reproduites en réponse à la première branche du moyen qu'aux yeux des juges d'appel, cette servitude, en permettant un accès plus aisé, voire plus sûr, à la propriété des défendeurs, accroît la commodité du fonds dominant et lui procure une plus-value; Que, sur la base de cette appréciation qui **gît en fait, le jugement attaqué décide légalement, sans violer les notions légales de servitude et d'utilité du fonds dominant ni méconnaître la force obligatoire de la convention par laquelle elle a été constituée, que la servitude présente toujours une utilité pour le fonds dominant; Que le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli*** » (mis en italiques et souligné par le soussigné).

²² A la lumière aussi des analyses du professeur P. A. Foriers vue ci-dessus en note.

Nous approuvons cette motivation.

C. **La servitude en tant que droit réel pouvant impliquer des prérogatives de jouissance**

18. Notons que la servitude peut être considérée, dans une certaine mesure, comme une forme de droit réel de jouissance, concentré sur un élément spécifique de jouissance, dans le cadre des modalités qui caractérisent le fonds servant, au profit du fonds dominant. Ainsi une servitude de passage implique le droit de jouir d'un passage. Mais la jouissance, ici concentrée sur un immeuble, est limitée.

Une comparaison est cependant possible avec le droit d'usufruit à cet égard : autre grand droit réel de jouissance, mobilier ou immobilier, essentiellement viager alors que la servitude peut être perpétuelle ou non.

Par. 3. Classifications et catégories des servitudes dans l'ancien Code et dans le livre 3

19. **Rmq. préliminaire.** Le livre 3 simplifie considérablement les choses, ce qui est positif.

Certaines anciennes catégorisations, il est vrai de peu d'utilité pour certaines (et purement justifiées par la pédagogie de l'époque), disparaissent.

Demeure la distinction entre servitudes apparentes et continues (et leurs antonymes), le livre 3 supprimant la seconde, ce qui constitue une innovation, et simplification importante de la matière, mais en réintroduisant une référence aux traces du comportement humain dans la notion d'apparence. Nous verrons qu'en penser.

I. Classifications et catégories des servitudes d'après leur origine (suivant l'ancien Code civil et en partie supprimées ou restructurées par le livre 3).

A. Ancien Code civil

20. Le siège de cette première classification d'après l'origine se trouve dans l'**article 639 du Code civil** : *“(La servitude) dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires”*.

Le **droit romain** connaissait nos servitudes, dénommées « *prédiales* » (« *praediorum* »), et les servitudes personnelles.

On distingue ainsi, dans l'ancien Code, au sein des servitudes, d'après leur origine, trois catégories de servitudes, la dernière comprenant elle-même trois sous-catégories:

1) les servitudes naturelles, ou servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux ;

2) les servitudes légales, qui sont des servitudes découlant de régimes obligatoires, à caractère réel, imposés par la loi²³;

3) et les servitudes établies par le fait de l'homme; le fait de l'homme,

²³Mais ni d'ordre public ni impératifs.

considéré de façon générale, renvoie lui-même à **trois types de “fait de l’homme”** plus particuliers et partant à trois sous-catégories de servitudes de cette catégorie générale :

a) les servitudes constituées par un “*titre*”, c’est-à-dire, au sens strict²⁴, par une *convention* (premier type de fait de l’homme);

b) les servitudes acquises par *prescription acquisitive* (deuxième type de fait de l’homme) ;

c) et les servitudes acquises par *destination du père de famille* (troisième type de fait de l’homme, appelée de façon plus neutre « *destination du propriétaire* » par le livre 3, à l’article 3.119.), qui implique l’établissement d’un état ou lien de servitude au sein et entre deux éléments d’un fonds, par le propriétaire de celui-ci, d’où la naissance ultérieure de la servitude lorsque le fonds est séparé et cédé à deux propriétaires distincts, si l’état de servitude entre les deux parties cédées est par ailleurs maintenu (cfr. art. 692 et 693 du Code civil; à distinguer anciennement de la situation visée par l’article 694; cfr. *infra*).

Cette classification générale est importante conceptuellement mais non directement en termes de régime. Les classifications qui vont suivre sont plus importantes à cet égard, même s’il se produira des recoupements intéressants avec la première classification.

Ainsi, nous verrons les importantes règles énoncées par les articles 690 et 691 de l’ancien Code civil, suivant lesquelles :

- “*Les servitudes continues et apparentes s’acquièrent par titre ou par la possession de trente ans*” (art. **690**) ;
- et “*Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes ne peuvent s’établir que par titres*” (art. **691, al. 1**).

B. Classifications et catégories de servitudes d’après leur nature

21. Quatre classifications s’imposent dans cette perspective, dont les plus importantes sont les deux dernières :

1) Distinction entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales : pour la servitude “*urbaine*” au sens large du terme, le qualificatif désigne toutes les servitudes établies au profit de bâtiments, que ces derniers soient situés en ville ou à la campagne, tandis que les servitudes “*rurales*” sont celles qui sont en rapport avec des fonds de terre. Le siège légal de cette distinction réside dans l’article 687 du Code civil mais la distinction est sans véritable effet juridique; **cette classification il est vrai désuète et sans réels effets pratiques est supprimée par le livre 3 ; nous ne nous y arrêtons plus ;**

2) Double distinction entre les servitudes positives et actives, et les

²⁴Au sens large, on définit le titre comme étant la source à l’origine de la servitude, que cela soit la loi - titre légal : la servitude trouve son titre dans la loi -, ou la convention - la servitude trouve alors son titre dans la convention -, ou bien encore la destination du père de famille ou la prescription (cfr. *infra*).

servitudes négatives et passives : nous avons déjà vu plus haut le contenu de cette distinction d'origine doctrinale (en tout cas pour la seconde (cfr. n°527)) ; précisons les :

2.1. Distinction entre servitudes positives (ou affirmatives) et négatives, et intérêt de la distinction

22. Les servitudes **positives** - parfois également appelées actives par certains auteurs²⁵, au sens strict du terme -, permettent au propriétaire du fonds dominant de *faire quelque chose sur le fonds d'autrui* - prestation positive de faire -, que le propriétaire du fonds servant doit donc supporter sur son fonds (tel est le cas d'une servitude de passage);

Les servitudes **négatives** permettent quant à elle au propriétaire du fonds dominant de demander au propriétaire du fonds servant de *ne pas faire quelque chose sur son fonds* - prestation négative de ne pas faire ; obligation de s'abstenir, portant donc sur le fonds servant et n'allant pas jusqu'à permettre de faire quelque chose sur ce fonds -, comme cela peut être le cas d'une servitude de *non aedificandi* (à savoir de ne pas bâtir) ou de « *non altius tollendi* » (à savoir de ne pas exhausser des ouvrages existants), ou dans le cadre des jours et vues de servitudes qui résultent des règles de distance et autres fixées par le Code civil pour la construction de fenêtres et autres procédés de vues et jours, dans les murs latéraux des immeubles.

Tirons en quelques observations ou conséquences :

- Cette distinction implique que dans les deux cas on se place **du point de vue du propriétaire du fonds dominant quant à la nature de la servitude** ; elle remonte en réalité au droit romain ; les juristes romains avaient en effet remarqué qu'une servitude « (...) pouvait astreindre le propriétaire du fonds servant, soit à tolérer (*in patiendo*) certains actes d'usage par le propriétaire du fonds dominant, soit à ne pas faire (*in non faciendo*) certains actes nuisibles au fonds dominant » (cfr. H. De Page, ouvrage cité, 1^{ère} Ed., t. VI, spéc. n° 512) ;
- **L'intérêt pratique de cette distinction**, sous l'ancien Code, est important en matière de perte de la servitude par le non-usage pendant 30 ans :
 - **conformément à l'article 707 du Code civil, pour les servitudes positives, le délai commence à courir à partir du dernier acte d'usage de la servitude** (le dernier passage par exemple pour la servitude de passage) ;
 - alors que, pour les **servitudes négatives**, le délai ne courra qu'à dater du jour où le propriétaire du fonds servant aura commencé à faire ce qui lui était interdit (par exemple construire, contrairement à une servitude de « *non aedificandi* ») ; l'article 707

²⁵Cfr. M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 374.

énonce toutefois ces règles sur la base de la distinction parallèle entre servitudes continues et discontinues ;

- Il convient d'observer que toutes les servitudes négatives sont en même temps continues, mais généralement non apparentes²⁶, de sorte qu'elles ne peuvent s'établir que par titre (cfr. art. 691 du Code civil), et ne peuvent être acquises par prescription acquisitive ou par destination du père de famille (cfr. art. 692 de l'ancien du Code civil) ;
- **On a vu que le Livre 3 reconnaissait cette catégorie à l'article 3.114. *in fine*** ; il ne faudra pas la mettre en perspective avec les servitudes continues supprimées et l'on verra comment le livre 3 construit le nouveau régime de prescription extinctive notamment (axé dorénavant sur le dernier acte d'usage simplement).

2.2. Distinction entre servitudes actives et passives

23. **Henri De Page** écrivait de façon éclairante au sujet de cette distinction, qu' : « (...) à la différence des précédentes, (cette distinction) n'est pas traditionnelle. On ne la trouve que dans la jurisprudence qu'il applique spécialement aux jours et au vues. Par exemple, les articles 676 et 677 énoncent les conditions moyennant lesquelles un propriétaire peut pratiquer des jours dans un mur qui lui appartient : ces conditions restrictives créent une charge pour son fonds, une servitude passive. Mais indépendamment de ces restrictions, ce même propriétaire peut jouir d'une servitude de vue sur le fonds de son voisin : c'est là pour lui une servitude active. (...) ». Au contraire de la distinction entre servitudes positives et servitudes négatives, qui est une distinction de nature, la distinction entre servitudes actives et passives et une distinction qui relève des effets et de l'intensité de la servitude : « (...) C'est une distinction de degré » ; « une servitude est active ou passive selon qu'elle empiète sur le fonds d'autrui » (cfr. De Page, *ibidem*, spéc. n° 514).

D'un côté donc, une **servitude active** permet au propriétaire du fonds dominant de faire quelque chose directement sur le fonds servant – voir dans le cas qui nous intéresse - : de l'autre côté, la servitude passive ne s'étend pas jusque-là : elle se traduit par le droit du propriétaire dominant de demander ou faire en sorte que le propriétaire du fonds servant ne fasse pas quelque chose sur son fonds (ce qui d'ailleurs peut parfois constituer une lourde charge sur le fonds servant : songeons à nouveau à la servitude de *non aedificandi*). Encore une fois, cette distinction est surtout appliquée en matière de vues et de jours, et de servitudes de vue. Le plus souvent la servitude active impliquera le fait de l'homme et sera discontinue tandis que la servitude passive sera généralement continue.

Cette distinction, d'origine doctrinale et jurisprudentielle, a été critiquée par certains, dont le professeur **M. Hanotiau** car elle ne serait pas tout à fait cohérente parce ce qu'elle distinguerait et comparerait des notions différentes – « *des pommes et des poires* » -, sur le plan des prérogatives qu'impliquent respectivement les servitudes actives et passives²⁷. Mais la distinction présente malgré tout un certain intérêt conceptuel et se traduira dans une certaine mesure en pratique, comme on le verra dans certaines décisions, y compris de la Cour de cassation (à ce sujet, cfr. Cass., 21 décembre 1939 ; cfr. *infra*).

²⁶ C'est le cas notamment de la servitude de prospect – ou de vue *sensu stricto* - qui comprenant deux éléments constitutifs de servitudes négatives (« *non aedificandi* » et « *non altius tollendi* »), ne sont pas prescriptibles sauf empiètement sur le fonds d'autrui.

²⁷ Elle était critiquée par le professeur M. Hanotiau plus précisément au motif qu'elle présente une erreur de méthode car les deux notions ne se rapportent pas à la même personne, à savoir le propriétaire du fonds dominant pour la servitude positive ou active, et le propriétaire du fonds servant pour la servitude négative ou passive (cfr. Cours cité, spéc. p. 374). Hanotiau critiquait donc la distinction précédente également. Cet auteur n'avait pas tort sur le plan de la méthode mais la double distinction est malgré tout utile pour différencier deux types de servitudes très nettement différents, et elle peut s'appliquer à toutes les servitudes, en étant d'ailleurs combinée avec la distinction entre servitudes continues et discontinues.

Enfin, **Galopin** avait, quant à lui, généralisé la distinction en l'appliquant non pas à deux servitudes différentes, **mais à la même servitude**, selon qu'on l'envisageait du point de vue du fonds dominant – **servitude dite active** alors -, ou du point de vue du fonds servant – **servitude dite passive**. D'après cette analyse, une servitude de passage est active pour le propriétaire du fonds dominant, qui en bénéficie, et passive pour le propriétaire du fonds servant, qu'il l'a subi.

Tout dépend donc du sens que l'on donne aux mots, et du contenu donné à la terminologie utilisée.

Examinons les deux distinctions indiscutablement les plus importantes dans le Code civil : celles entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes et celle entre servitudes continues et discontinues.

On a vu que le livre 3 garde la première et fait disparaître la seconde (toute en réintroduisant la prise en compte des traces du fait de l'homme dans la notion d'apparence (cfr. art. 3.115., al. 2)).

Il convient que nous expliquions d'abord la double distinction dans l'ancien Code, puis la manière dont la chose a été abordée par le nouveau Livre 3.

3) Les distinctions entre servitudes apparentes et non apparentes, continues et discontinues sous l'ancien Code

3.1. Distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues

24. Cette distinction est essentielle dans le Code civil ancien, et totalement revue dans le nouveau.

25. Définissons les notions et le régime en la matière comme suit.

a) Définition et conditions générales : la distinction trouve son siège et son expression dans l'**article 688 du Code civil** :

“Les servitudes sont ou continues ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme; tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées; tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables”.

26. Les servitudes continues sont donc celles qui s'exercent **continument, car sans le fait actuel de l'homme**, tandis que les servitudes discontinues requièrent le fait actuel de l'homme pour être exercées.

Ces deux notions, techniques, sont quelque peu paradoxales, voire contre-intuitives et même source de confusion, car la servitude continue - concept apparemment positif - est **celle qui ne requiert pas le fait actuel de l'homme pour être exercée**, et, inversement, la servitude discontinue - concept apparemment négatif -, **requiert le fait actuel de l'homme pour être exercée**.

Ces notions sont cependant ancrées dans une certaine mesure dans l'histoire du

droit, même si elles furent discutées lors des travaux préparatoires du Code civil.

En outre, “*continu*” ne signifie pas nécessairement “*continuel*” (que l’on trouve dans le texte de l’article 688) : une servitude peut être continue sans pour autant être continue, dans la mesure où elle ne doit pas servir de façon permanente (cfr. H. De Page, Traité, t. VI, spéc. n° 515).

“*Continu*” revêt aussi ici un autre sens, plus technique, que le sens qu’il revêt lorsqu’on dit que la possession doit être “*continue*” pour pouvoir prescrire.

Les servitudes continues peuvent impliquer un certain aménagement préalable de l’homme, une intervention initiale de celui-ci, mais une fois que ces éléments sont réalisés, elles ne requièrent plus le fait actuel de l’homme pour être exercées. Si un nouveau fait de l’homme est chaque fois nécessaire comme dans la servitude d’écoulement des eaux, la servitude devient discontinue. Le fait de l’homme porte donc sur l’exercice même de la servitude, dans le service foncier de fonds à fonds qu’elle constitue.

La servitude d’aqueduc est dès lors continue. Telles sont aussi les conduites d’eau, les servitudes résultant de canalisations de gaz, d’électricité, etc ..., les égouts, les vues (à savoir des fenêtres ouvrantes), en principe.

Reste que la terminologie « *continu / discontinu* », est complexe, voire source de confusion, et devrait être idéalement simplifiée ou remplacée par des qualificatifs plus adéquats.

Ainsi Henri De Page écrivait-il à juste titre : « On voit par là que les mots « continu » et « discontinu » sont en réalité fort mal choisis, et c’est l’une des raisons pour lesquelles la présente distinction n’est pas toujours facile à comprendre. Peut-être vaudrait-il mieux parler de servitudes *automatiques*, et de services *non automatiques* ; ou encore, si l’expression n’était trop lourde : servitudes à *fonctionnement spontané ou non spontané* » (cfr. Traité, *op. et loc. cit.*, spéc. n° 515, *in fine*, p. 417).

On pourrait aussi proposer : qui s’exerce continuellement sans le fait actuel de l’homme, d’une part, ou qui requiert le fait actuel de l’homme pour son exercice, en abandonnant les qualificatifs continu et discontinu.

b) Approfondissement de l’analyse de certaines servitudes

i) La servitude d’aqueduc et la servitude d’écoulement des eaux (aussi appelée, servitude « d’évier »)

27. La **servitude d’aqueduc** est certes le résultat d’une construction de l’homme, mais l’écoulement de l’eau qui y passera, qu’elle soit d’origine naturelle ou artificielle, se fera en principe sans avoir plus besoin d’un fait actuel de l’homme. Et si l’homme établit une écluse sur l’aqueduc en question, puis ouvre cette dernière, elle n’est pas préjudiciable au caractère continu de la servitude car l’écluse porte sur un obstacle à la servitude, levé possiblement par l’homme, et non sur son exercice même.

Il faut reconnaître toutefois que la distinction est délicate si l’on réfléchit plus avant à la distinction entre servitude d’aqueduc, qui est continue, et celle d’évier, ou

d'égouttage, qui est en principe discontinue car impliquant le fait de l'homme (dans le fait de faire s'écouler l'eau dans la conduite, où jusqu'à l'évier en question, notamment).

Henri De Page critiquait la distinction pour des raisons pratiques, mais elle a été confirmée par un arrêt récent de la Cour de cassation, qui a rappelé que la servitude d'écoulement des eaux était discontinue – cfr. ci-après -. Cet élément sera toutefois mis en évidence par le livre 3 pour finalement mettre de côté la notion.

28. H. De Page écrivait ce qui suit au sujet des difficultés résultant de la servitude d'aqueduc d'un côté, et d'évier de l'autre : « A. On range habituellement parmi les servitudes discontinues : a) La servitude d'écoulement des eaux ménagères (servitudes dite d'évier), ou industrielles. Pourquoi cette servitude est-elle discontinue, alors que la servitude d'aqueduc est continue ? Parce que, dit-on, l'écoulement des eaux ménagères ou industrielles n'est possible que par le fait actuel de l'homme. Ce sont là des eaux « artificielles ». Mais, avons-nous vu, l'écoulement des eaux dans un aqueduc fermé par une écluse exige aussi le fait actuel de l'homme ? Ce sont là des servitudes « artificielles ». Mais, avons-nous vu, l'écoulement des eaux dans un aqueduc fermé par une écluse exige aussi le fait actuel de l'homme ? Pourquoi, même dans ce cas, la servitude d'aqueduc demeure-t-elle néanmoins continue, et pourquoi n'en serait-il pas de même de la servitude d'écoulement des eaux industrielles ? Parce que, dit-on encore, le fait actuel de l'homme s'applique ici à deux choses différentes : dans la servitude d'évier, à l'*objet* même de la servitude, dans la servitude d'aqueduc, aux *moyens* desquels elle est exercée (...) » (cfr. Traité, ouvrage cité, t. VI, spéc. n° 517, p. 417 et 418)²⁸.

Nous ne partageons pas l'analyse de l'éminent auteur : dans la servitude d'aqueduc, le fait **actuel** de l'homme n'est pas nécessaire pour l'exercice de la servitude (et la

²⁸ H. De Page se réfère ici à la thèse d'Aubry et Rau (cfr. ouvrage cité, t. III, § 248, texte et note 9), qu'il critique donc, et il poursuit en effet en ces termes : « Reste à voir si cette différence joue un rôle dans la qualification de la servitude. Celle-ci sera admise par une *canalisation* et cette canalisation n'est-elle pas la même dans les deux cas ? Qu'importe la *provenance* du liquide : la servitude n'est pas le contenu mais le contenant. Quoi de plus artificiel que le feu, le gaz et l'électricité. Cependant, les chemins, les conduites de gaz et d'électricité sur le fonds d'autrui sont rangées – à bon droit – parmi les servitudes continues (...) » (ibidem). Nous ne raisonnons pas de même : un élément artificiel, issu de la main de l'homme, dans le cadre de la servitude (une canalisation par exemple), ne suffit pas à lui conférer un caractère continu parce qu'il est le contenant permettant l'exercice de la servitude. Il faut encore voir la cause de cet exercice et si c'est un fait actuel de l'homme, comme en principe dans la servitude d'évier ou d'écoulement des eaux usées, la servitude bascule dans le statut d'une servitude discontinue outre le fait qu'il faudra vérifier si elle est apparente ou non. D'ailleurs, De Page écrit lui-même plus haut, de façon plus nuancée, comme on l'a vu, que l'intervention initiale de l'homme ne suffit pas à lui conférer un caractère discontinu : « Les exemples du Code suffisent à le prouver : les conduites d'eau et les égouts furent évidemment aménagés par l'homme, elles supposent un travail préalable. Mais ce travail une fois accompli, la servitude se trouve dans un état tel qu'elle peut, pour l'avenir, s'exercer toute seule. Chaque fois que l'eau pénétrera dans la conduite d'eau ou dans l'égout, elle s'écoulera, et la servitude jouera en quelque sorte « automatiquement » (cfr. n° 515, D, p 416). Tout dépend donc du fait actuel de l'homme en rapport avec l'écoulement, automatique ou non, déclenché par le fait de l'homme spécifique ou non. Il est vrai que nous ne sommes pas loin d'un raisonnement lui-même assez artificiel et pouvant donner lieu à des cas-limites.

levée d'une écluse n'est que la levée d'un obstacle à la servitude et non l'exercice de celle-ci), tandis que dans la servitude d'évier ou d'écoulement des eaux, il l'est, beaucoup plus intensément, en étant lié à l'écoulement même des eaux, dans le déclenchement de celui-ci, élément intrinsèque par ailleurs au fait de la servitude.

La Cour de cassation l'a confirmé par un intéressant arrêt du 21 mars 2013.

Nous nous y arrêtons car il réapparaîtra dans l'exposé des motifs du livre 3, pour justifier la suppression de la distinction entre servitudes continues et discontinues jugée trop complexe ou source d'incertitudes (cfr. *infra*).

Arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2013 : arrêt de la servitude de canalisation et d'évier* (C.12.0118.F/1, sur Juridat) (Décision n° 52)**

Le litige opposait deux propriétaires voisins quant au statut d'une canalisation d'eaux usées, passant dans l'immeuble des parties R.I. et J.V., et sortant de celui-ci vers les égouts (« *propriétaires* » du fonds servant mais l'un étant plus précisément usufruitier et l'autre nu-propriétaire). Cette canalisation était obstruée et il n'était pas contesté qu'elle servait à évacuer les eaux usées provenant de la maison voisine - fonds pouvant être qualifiée de dominant -, appartenant aux consorts MM., si du moins il existait une servitude. Mme CH. avait vendu le fonds à MM., créant la division susceptible de faire naître la servitude.

Il est en effet important d'insister sur le fait qu'à l'origine, les deux propriétés – maisons - étaient réunies en un seul lot qui avait été divisé en deux, par la suite, sans qu'il soit prévu une servitude expresse d'écoulement des eaux. Il s'agissait donc d'un cas de destination - éventuelle - du père de famille (ici Mme CH.), requérant, on le sait, l'apparence et la continuité de la servitude pour pouvoir opérer (cfr. art. 692 et 693 du Code civil)

L'acte authentique contenait simplement la clause usuelle suivant laquelle : « *le bien est vendu tel et ainsi que ce bien existe et se comporte à ce jour, avec toutes les servitudes actives et passives qui peuvent avantager ou le grever, sans garantie de la contenance énoncée ni de l'état des constructions* ».

La partie MM. acquies l'immeuble, après de Mme CH., dont partait la canalisation passant et sortant du fonds – maison – de R.I. / J.V.. On pouvait parler de canalisation engendrant une servitude d'égouttage, ou d'écoulement des eaux usées, ou bien encore d'« *évier* », au sens technique du terme, mais encore fallait-il en admettre l'existence sur la base de la destination du père de famille.

C'est la partie M.M. qui lança une action – contre R.I. seulement, sans doute en sa qualité de nu-propriétaire - devant le juge de paix pour demander qu'elle soit autorisée à avoir accès à la **canalisation litigieuse**, situé sur le fonds de R.I. / J.V., afin de permettre l'exploration et le dégagement de celle-ci, ce sous peine d'astreinte (en demandant également la condamnation de la partie adverse à prendre en charge la moitié du coût de la réhabilitation de la canalisation).

Le juge de paix ordonna une visite des lieux.

La 3^{ème} partie – J.V. semble-t-il sous réserve de vérification - intervint volontairement à la procédure et demanda qu'il soit dit pour droit que l'immeuble « *adverse* »

à la procédure, ne bénéficiait pas d'une servitude d'égouttage à charge de l'immeuble, et demanda également la suppression de la canalisation litigieuse.

Le juge de paix décida que la partie en question ne bénéficiait d'aucune servitude à charge de l'immeuble voisin, et condamna celle-ci à supprimer la canalisation litigieuse.

Le propriétaire du fonds – M.M. - possiblement dominant, interjeta appel.

Un débat fouillé se poursuivit en appel au sujet de la nature de la servitude et ses effets. On s'interrogea notamment encore pour savoir si la destination du père de famille s'appliquait. D'autre part, la partie qui se prétendait titulaire d'une servitude et ayant vu décider la suppression de la canalisation en première instance, plaida, **à titre subsidiaire**, s'il fallait décider qu'elle ne bénéficiait pas de servitude, l'existence d'un abus de droit dans le chef de la partie adverse qui postulait cette suppression, en application du critère de la disproportion.

Le juge d'appel décida : 1) que la servitude était continue et apparente - la canalisation étant bien visible et qu'elle était effectivement née par destination du père de famille donnant raison à MM ; 2) et que la demande de suppression de la servitude – la canalisation en pratique - revêtait un caractère abusif, en toute hypothèse et dans le cadre de la demande subsidiaire de MM..

R.I. et J.V., propriétaires du fonds servants se sont pourvus en cassation en argumentant sur les deux plans suivants – cfr. les deux branches de son moyen - :

- 1) Traditionnellement la servitude d'évier, ou d'écoulement des ans ménagères, est considérée comme une servitude **discontinue car elle requiert le fait actuel de l'homme**, et elle ne pouvait en conséquence être déclarée avoir été acquise par destination du père de famille qui, en vertu de l'article 692 du Code civil, requiert les conditions d'apparence et de continuité de la servitude pour s'appliquer ;
- 2) en outre, le juge du fond ne pouvait, à titre subsidiaire, avoir écarté l'**abus de droit** en la cause car sa décision ne contenait aucune indication et constatation en ce qui concerne le préjudice subi par le défendeur M.M. (la disproportion), or, dans l'appréciation des intérêts en cause, le juge doit tenir compte de toutes les circonstances de fait de la cause, et il doit notamment relever de façon précise la disproportion existante entre : l'avantage retiré par la partie, auteur de l'abus de droit, **et** le désavantage ou inconvénient causé au défendeur, victime de l'abus de droit, devant également être constaté et en quelque sorte chiffré, *in specie*, ou en tout cas objectivé pour faire apparaître la disproportion.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a donné raison au demandeur en cassation sur les deux plans et dans le cadre des deux branches du moyen unique.

D'abord, et c'est ce qui nous intéresse au premier chef, la Cour de cassation **qualifie la servitude d'écoulement des eaux ménagères comme étant une servitude**

discontinue. La décision du juge du fond qui avait décidé qu'elle était continue, est dès lors cassée.

Ensuite, en ce qui concerne l'**abus de droit invoqué à titre subsidiaire par le propriétaire M.M. en degré d'appel**, cette décision est également censurée au motif que : « *Le jugement attaqué, qui ne précise pas en quoi consiste l'inconvénient résultant pour le défendeur (en cassation) de la suppression de la canalisation permettant d'apprécier s'il était sans proportion avec l'avantage qu'en auraient retiré les demandeurs, ne justifie pas légalement sa décision que « la demande reconventionnelle tendant à la suppression de la canalisation doit être dite non fondée »* ».

L'arrêt est orthodoxe sur les deux aspects ci-dessus résumés. Il frappe par sa sévérité pour le propriétaire de la canalisation passant sur le fonds d'autrui car cette dernière revêtait certainement une importance concrète réelle pour son fonds²⁹, et la constatation de l'abus de droit dans le cadre de la demande de suppression de la canalisation, était soutenable. Mais il est vrai qu'à ce sujet le juge du fond n'avait pas été suffisamment précis.

Il est à espérer que le juge de renvoi l'aura été davantage car la solution à prôner dans cette affaire semble être, si la servitude est écartée, de pouvoir constater le caractère abusif – suivant les circonstances - de la demande de suppression de la canalisation, et de compenser par des dommages-intérêts l'inconvénient résultant du maintien de la canalisation, à l'instar de ce que décida la Cour de cassation dans le grand arrêt de principe bien connu de septembre 1971.

Cet arrêt de 2013 ne manque donc pas d'un grand intérêt. Cet intérêt est d'autant plus prononcé qu'il a été utilisé - à tort selon nous - comme argument justifiant suppression de la distinction entre les servitudes continues et discontinues, par les auteurs du livre 3 (cfr. *infra*, n° 36, commentaire de la nouvelle importante disposition – art. 3.115. - relative à l'« **apparence de servitude** »).

ii) La servitude de vue (dans ses différents types)

29. En ce qui concerne les vues et les servitudes de vue, une importante remarque terminologique s'impose immédiatement, tirée des enseignements de H. De Page encore :

“La servitude de vue porte mal son nom. Elle ne consiste pas, comme on pourrait le penser, dans le fait de regarder, de “jouir d'une vue”, mais dans l'existence d'une ouverture qui permet de voir à l'intérieur d'une pièce. La servitude qui consiste à empêcher le propriétaire de bâtir sur son fonds, et d'y faire des plantations qui pourraient nuire à la liberté de vue du fonds dominant, s'appelle servitude de *prospect*” (cfr. H. De Page, *Traité, op. cit.*, t. VI, n° 515).

On distingue donc la simple servitude de vue, ou vue de servitude axée sur le simple fait de voir. Les servitudes de vue *sensu stricto* se dénomment également **servitudes de prospect**. Ces dernières comprennent, en plus du droit de simplement conserver une fenêtre construite parois à une distance illégale (et ayant existé 30 ans, de sorte qu'elle est

²⁹ Sauf que semble-t-il, les demandeurs RI. et JV. auraient « *de leur propre aveu* » a dit le juge du fond, déclaré de leur côté ne plus utiliser la servitude canalisation ..., qui pouvait donc aussi servir à leur fonds (rien n'est simple souvent dans ce genre d'affaire).

prescriptible) – et l'on parle alors de **servitude d'aspect** pour désigner ce type de droit -, un élément de servitude *non aedificandi* et un élément de servitude *non altius tollendi*. imposant au voisin de ne pas construire sur son fonds, à une certaine distance, pour ne pas entraver la vue, jusqu'à un certain point.

Les servitudes d'aspect et de prospect sont continues car elles ne requièrent pas le fait actuel de l'homme pour être exercées, mais, alors que la servitude d'aspect est apparente, la servitude de prospect est en principe non apparente, dans ses éléments juridiques découlant des charges de "*non aedificandi*" et de "*non altius tollendi*" - qui sont négatifs : cfr. *infra* -, sauf lorsqu'elle est manifestée par un ouvrage extérieur ayant impliqué un empiètement sur le fonds d'autrui.

Nous reviendrons plus loin sur leurs notions et leur régime.

iii) Autres exemples de servitudes

30. **L'exemple le plus évident de servitude discontinue est la servitude de passage** qui implique le fait actuel de l'homme pour être exercée, dans l'élément intrinsèque de la servitude qui est le passage précisément. Il en est de même de la servitude de puisage ou de « pacage » (qui permet de faire paître ses bêtes), comme le prévoit expressément l'article 688, alinéa 3, du Code civil.

c) Régime et effets des servitudes continues et discontinues

31. Les règles de base applicables aux servitudes continues et discontinues, sont à trouver dans les articles 691, 692 et 693 du Code civil, qui portent sur les mécanismes de prescription acquisitive et de destination du père de famille :

- 1) seules les servitudes continues **et** apparentes peuvent faire l'objet d'une acquisition par prescription acquisitive (cfr. art. 691) ou par destination du père de famille (cfr. art. 692 et 693);
- 2) les servitudes discontinues et apparentes, ou continues et non apparentes ne peuvent être établies que par titre³⁰; ce régime implique donc aussi la prise en compte des caractères d'apparence ou de non apparence, que nous définissons dans un instant;

32. La distinction entre servitudes continues et discontinues est également importante du point de vue de la **prescription extinctive** : le point de départ de cette prescription est en effet différent suivant que la servitude est continue ou discontinue, comme prévu à l'article 706 et surtout 707 du Code civil :

- 1) **article 706** : "*La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans*";
- 2) **article 707** : "*Les trente ans commencent à courir, selon les diverses*

³⁰Il en découle que les servitudes de passage, quoique apparentes dans la généralité des cas, sont essentiellement discontinues et ne peuvent s'acquérir par prescription acquisitive (cfr. aussi art. 684, al. 2, en ce qui concerne les servitudes légales de passage).

espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues" (souligné par nous).

3.2. Distinction entre les servitudes apparentes et les servitudes non apparentes

33. Cette distinction est à nouveau très importante vu son impact en matière de prescription notamment. Elle est beaucoup plus simple à comprendre que la précédente et résulte des termes mêmes:

a) Définition

34. Elle trouve son fondement dans l'**article 689 du Code civil** :

“Les servitudes sont apparentes, ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée” (nous mettons en évidence).

La définition des servitudes apparentes, sous l'ancien Code, est claire et ne requiert pas de commentaires. L'apparence tient aux circonstances et à la nature objective des servitudes. Sont apparentes les servitudes de passage si elles sont manifestées par des ouvrages extérieurs, tels une porte ou un chemin³¹. Sont non apparentes, les servitudes de *non aedificandi* ou de *non altius tollendi*, parce qu'il s'agit d'éléments juridiques non concrétisés en principe par des ouvrages extérieurs. Il en découle que la servitude de prospect, caractérisée par ces deux éléments, si elle est continue est en principe non apparente³², de sorte qu'elle ne pourra s'acquérir que par titre.

b) Régime et effets

35. A nouveau, la règle principale à la base du régime des servitudes apparentes et non apparentes, est à trouver dans l'article 691, puis dans les articles 692 et 693 du Code civil. Les servitudes continues mais non apparentes ne peuvent s'acquérir que par titre, et ne peuvent dès lors s'acquérir par prescription acquisitive ou par destination du père de famille. Il en découle que les servitudes de prospect ne peuvent s'acquérir par prescription, sauf si un élément d'empiètement sur le fonds d'autrui en manifeste l'existence, par un fait de l'homme qui lui confère donc alors une apparence.

³¹A défaut, la servitude de passage en question est non apparente.

³²Sauf « *empiètement* » sur le fonds d'autrui : cfr. *infra*.

3.3. Les servitudes apparentes et non apparentes sous le livre 3 et la suppression des servitudes continues et discontinues : article 3.120. « Apparence de la servitude »

36. Cette disposition qui semble anodine, constitue en réalité une innovation importante du Livre 3 en ce que ce dernier abandonne la distinction séculaire existant entre les servitudes continues et discontinues. Il ne retient plus que la distinction entre servitudes apparentes et non apparentes, ce qui sera notamment lourd de conséquence en matière de prescription acquisitive, simplifiant considérablement, et étendant, le mécanisme en matière de servitude (et notamment de servitude de passage, classiquement discontinues, donc requérant le fait actuel de l'homme pour leur exercice, et par conséquent imprescriptibles – cfr. art. 690 et 691 actuels - et ne pouvant être fondé que sur un titre ou sur la loi). Il réintroduit un élément relatif au fait de l'homme dans la notion même de servitude apparente.

L'article prévoit que :

« Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent au titulaire, prudent et raisonnable, d'un droit réel sur le fonds servant, soit par des ouvrages permanents visibles, soit par une activité régulière révélée par des traces sur le fonds servant. Les autres servitudes sont non apparentes » (mis en évidence et souligné).

37. L'**exposé des motifs** explique ce qui suit au sujet de cette disposition :

*« Le critère de continuité ou, à l'inverse de discontinuité est, dit-on, un critère intrinsèque de la servitude qui, en soi est ou n'est pas continu. Pourtant des discussions jurisprudentielles et doctrinales existent quant à la qualification de diverses servitudes, **telle la servitude d'évier**, c'est-à-dire la servitude d'écoulement des eaux ménagères, en servitude continue ou discontinue.*

*Certains opérant une comparaison entre la servitude d'évier (eaux artificielles) et la servitude d'aqueduc (eaux naturelles), ne décèlent aucun motif permettant de qualifier la première de discontinues et la seconde continue et rejettent l'argument pris de la nature des eaux en cause artificielles d'une part, naturelles d'autre part. Ils estiment que ce qui importe **ce n'est point le contenu mais le contenant** de sorte que, puisque ces deux services s'exécutent au moyen d'une canalisation, il n'y a pas de distinction à faire entre eux et qu'il convient de les considérer **tous deux comme continus**. Dans leurs schémas de pensée, ces auteurs rangent aussi parmi les servitudes continues toutes les conduites de gaz et d'électricité (cfr. **H. De Page et R. Dekkers**, *Traité (...)* t. VI, op. cit., p. 418 ; comp. V. Sagaert et K. Swinnen, *Privaatrechtelijk erfdiensbaarheden door het oog van de 21^e eeuw*, 42-43). Pourtant, récemment encore, la Cour de cassation a indiqué dans un **arrêt du 21 mars 2013** (Larcier Cass. 2013, p. 167) que la servitude écoulement des eaux ménagères est discontinue.*

La controverse persiste et remet en cause la pertinence de la classification continu/discontinu, qui a pourtant à l'heure actuelle des conséquences tant au niveau de l'acquisition que de la protection de l'extinction des servitudes » (nous mettons en évidence).

Nous ne pouvons suivre cette analyse. La Cour de cassation a eu raison, par l'arrêt analysé ci-dessus et contrairement à l'enseignement d'H. De Page et de Dekkers, de qualifier la servitude concernée – servitude d'évier et de canalisation impliquant le fait de l'homme - de servitude discontinue : quand il s'agit de faire s'écouler une eau artificielle dans un évier – contenant impliquant un fait de l'homme -, l'on a en effet besoin du fait actuel de l'homme ; c'est l'évidence même.

Il est inexact de dire que la « *controverse* », à laquelle pourtant la Cour de Cassation a mis fin, remettrait en cause, plus généralement (alors que cette controverse a un objet somme toute limité), la distinction entre les caractères « *continus et discontinus* » des servitudes. Il s'agit simplement d'un nouveau choix du législateur, auquel le professeur V. Sagaert semble ne pas avoir été étranger, dans sa conception initiale.

Pourquoi pas sans doute, même si, ce faisant, on appauvrit le régime des servitudes et notamment leur **lien à l'article 2232 ancien du Code civil** ? Mais le régime devient plus discutable si l'on crée une difficulté supplémentaire en réintégrant le fait de l'homme dans la condition d'apparence. Or c'est ce qui est fait dans la nouvelle définition de l'apparence impliquant la prise en compte de traces de l'homme révélant une activité répétée de celui-ci sur le fonds. On aurait pu d'ailleurs utiliser cette nouvelle définition pour définir nouvellement servitude discontinue. Cela aurait été sans doute une meilleure idée.

Quelle sera la conséquence de cette nouvelle disposition : notamment quasi-certainement la création d'un nouveau contentieux en matière de prescription de servitudes de passage :

- prescription qui était avant, en principe, exclue car ces servitudes sont discontinues ;
- maintenant possible – et par 10 ans en cas de bonne foi ! -, dès lors qu'il y aurait des trace suffisantes de passage de l'homme rendant la servitude apparente au sens de la nouvelle disposition.

38. D'autres justifications sont encore données dans l'**exposé des motifs** : « *Les rédacteurs proposent donc, à l'instar de ce qui se fait dans d'autres pays, de se focaliser sur l'apparence d'un service foncier, afin de tendre vers plus de protection des tiers et de simplifier les questions. C'est le système plus simple, plus pertinent et, dorénavant plus transparent.*

Cette apparence est toutefois aujourd'hui entendue plus largement incluant au-delà des ouvrages permanents visibles, les traces laissées à la suite d'une activité régulière. Dans les deux cas, des traces ou ouvrages doivent se trouver sur le fonds servant que le titulaire (ou futur titulaire) prudent et raisonnable peut donc apercevoir » (cfr. document cité, p. 214 et 215) (nous soulignons et mettons en évidence).

Cela signifie – et confirme - en réalité que l'on privilégie, dans une certaine mesure, le droit des tiers (notamment lorsque ces derniers auront pu se prévaloir d'une prescription acquisitive de 10 ans par le simple fait d'être passé sur le fonds d'autrui, en laissant quelques traces ... mais lesquelles en définitifs seront-elles suffisantes ... ?), sur le droit des propriétaires fonciers.

Il ne nous semble pas qu'il y ait une réelle simplicité ou « *transparence* » à cet égard, mais au contraire, une pseudo-« *transparence* » et une complexification du système ancien puisque l'apparence, anciennement définie, impliquait l'existence d'ouvrages extérieurs clairement apparents, alors que le critère alternatif ici retenu, sous la forme notamment de traces régulières, est au plus haut point sujet à caution en termes de preuve et de sécurité juridique.

Il nous semble donc que ce n'est pas un bon choix du législateur, d'avoir procédé ainsi.

39. Il se confirme donc que l'article 689 actuel est nettement plus précis et plus simple puisqu'il définit les servitudes apparentes comme celles « *qui s'annoncent pas des ouvrages extérieurs (...)* », et les servitudes non apparentes, comme celle « *(...) qui n'ont pas de signes extérieurs de leur existence ...* », définition très simple, conforme à la nature des choses et au sens commun et bien ancrée dans l'histoire et l'application du système juridique actuel.

4. Pour mémoire : la distinction entre les servitudes naturelles et légales

40. Cette distinction est posée également par le Code : les servitudes naturelles « *dérivent de la situation des lieux* » (cfr. art. 639 du Code civil et titre du chapitre Ier du Titre IV du livre II du Code), et les servitudes légales qui « *ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers* » (cfr. art. 649 du Code civil). Cette distinction est sans utilité pratique et peu cohérente; toutes les servitudes qui sont organisées par le Code civil³³ peuvent être qualifiée de légales, en tant qu'elles se distinguent des servitudes constituées par titre (dont le principal mécanisme est bien sûr la convention).

41. **Rmq. intermédiaire.** Dans l'analyse qui va suivre, nous étudierons les servitudes du fait de l'homme dans un premier temps (Section 2), **car elles sont devenues le droit commun dans le livre 3, et aborderons ainsi** les servitudes conventionnelles et celles issues d'un titre, ou plus généralement découlant d'un fait de l'homme (dont destination du père de famille ou du « *propriétaire* »), avant de revenir sur le régime de la prescription des servitudes. Puis nous examinerons quelques servitudes légales parmi les plus importantes (Section 3), et enfin nous terminerons par l'examen des modes d'extinction des servitudes (Section 4).

A certains égards, nous mettrons l'accent tout particulièrement sur le livre 3 dans un objectif de simplification de l'enseignement de la matière.

³³Et par d'autres textes légaux, tels que le Code rural.

Section 2. Les servitudes établies par le fait de l'homme

42. **Rmq. préliminaire.** Distinguons à nouveau l'ancien Code civil du nouveau, lequel positionne les servitudes du fait de l'homme dorénavant avant les servitudes légales, ce qui est une bonne chose. Elles sont en quelque sorte devenues le droit commun des servitudes.

Sous-section 1. Les servitudes du fait de l'homme sous l'ancien Code civil

Par. 1. Les modes d'établissement des servitudes par le fait de l'homme : approche générale des mécanismes et conditions (et notion préalable de "titre")

43. Le titre du chapitre III qui vient après les servitudes légales contient cette notion générale de "*servitudes du fait de l'homme*".

Trois types de faits de l'homme sont de nature à pouvoir engendrer des servitudes : 1) la **convention**, acte juridique bilatéral ; 2) la **prescription acquisitive**, acte juridique unilatéral; et 3) la **destination du père de famille**, également acte juridique unilatéral.

Deux notions de "*titre*" découlent de cette triple distinction. Une notion large - le titre renvoie à chacun des trois faits de l'homme de nature à être à l'origine d'une servitude; c'est le mode constitutif ou la source de la servitude. Une notion étroite apparaît également : le titre *sensu stricto*, à savoir la convention - acte juridique - en tant que mode constitutif possible de servitudes.

Les trois faits de l'homme visés ci-dessus sont, selon nous et sauf controverse, des **actes juridiques**, puisqu'ils sont accomplis avec une volonté de produire des effets juridiques.

Relevons qu'un troisième sens, encore plus large, de la notion de titre peut être défini : il s'agit de la cause juridique de la servitude, qui peut comprendre aussi la loi. On dira alors que la servitude trouve "*son titre*" dans la loi³⁴.

Dans tous les cas, le titre renvoie à la cause juridique de la servitude indépendamment du mode de preuve. Le titre n'équivaut donc pas à la notion courante de titre en tant qu'acte ou document - "*instrumentum*" - qui fait preuve d'un droit.

44. Il est ensuite essentiel de relever que les **trois modes d'acquisition du fait de l'homme** sont conditionnés en fonction des types de servitudes, et ce comme suit :

1) tous types de servitudes, apparentes ou non apparentes, continues ou discontinues, peuvent être créées par convention (cfr. art. 691 du Code civil).

2) seules des servitudes apparentes et continues peuvent être créées par

³⁴Cfr. la formule utilisée par la Cour de cassation dans un arrêt du 14 février 1969 : "*(...) le propriétaire d'un fonds enclavé, qui trouve le titre de la servitude de passage dans la loi même (...)*" (*Pas.*, 1969, I, p. 530; *infra*). Nous critiquerons cet arrêt non pour cette formule mais pour la théorie de la prescription de l'assiette de la servitude qu'il a admise, avant que la Cour de cassation ne revienne sur cette jurisprudence *a priori* fâcheuse.

prescription (cfr. art. 690) ou destination du père de famille (cfr. art. 692 et 693 du Code civil, distincts de l'article 694 qui ne retient que la condition d'apparence dans la situation spécifique qu'il vise ; et qui sera supprimé par le livre 3).

L'impossibilité d'acquérir par prescription des servitudes non apparentes ou discontinues découle de l'analogie ou l'assimilation qui existe entre les actes qu'elles permettent d'accomplir au propriétaire ou à l'occupant du fonds dominant, avec les actes de simple tolérance et de pure faculté, présumés précaires par l'article 2232 du Code civil, ne pouvant donc fonder une possession et une prescription (à ce sujet, cfr. *supra*, partie consacrée à la possession).

Nous étudierons ci-après chaque mode de constitution des servitudes du fait de l'homme en commençant par le titre *sensu stricto* ou la convention.

Par. 2. Le titre ou la convention en tant que premier mode d'établissement des servitudes du fait de l'homme : cadre général : l'article 686 du Code civil prohibant les servitudes "personnelles" et son application dans la jurisprudence

I. L'article 686 du Code civil

45. La Section 1 du chapitre III porte sur les "*diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens*". Il définit à cet égard, par l'article 686, le cadre général des servitudes conventionnelles.

L'article 686 prévoit qu' : "*Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient rien de contraire à l'ordre public.*

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent pas le titre qui les constitue; à défaut de titre par les règles ci-après".

L'article 686 développe la notion générale de servitude énoncée par l'article 637 du Code civil. Il rappelle le principe de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle, tout en fixant les limites de base à cette autonomie que sont : 1) le respect de l'ordre public, ce qui constitue un rappel des articles 6 et 1131 du Code civil; et 2) le respect de la notion même de servitude réelle, et la prohibition des servitudes dites personnelles.

II. Le "titre" de la servitude au sens strict : notion

46. Par un arrêt du 17 janvier 1969, la Cour de cassation a précisé qu' "(...) il faut entendre par titre le "fait juridique" donnant naissance à la servitude, indépendamment des modes de preuve qui en constatent l'existence" (cfr. Pas., 1969, I, p. 452).

Il faut bien sûr rectifier cette formulation : c'est d'*acte juridique* dont il est question. L'arrêt a été incorrectement traduit du néerlandais dans sa publication à la Pasirisie et se réfère à la notion de "*rechtshandeling*".

Le titre au sens strict est dès lors la convention, l'acte juridique, en tant que "*negotium*", acte créateur de la servitude, indépendamment de l'"*instrumentum*" qui fait preuve de l'acte (à ce sujet, cfr. N. Verheyden-Jeanmart, P. Coppens et C. Mostin, Examen de jurisprudence cité, R.C.J.B., 2000, spéc. n° 195, p. 441).

Une servitude peut exister et être valable entre parties à la suite d'une convention non écrite. Pour être

opposable aux tiers, elle devra faire l'objet d'un écrit sous la forme d'un acte authentique ensuite transcrit à la conservation des hypothèques en application de l'article 1^{er} de la loi hypothécaire.

Les règles d'interprétation de droit des obligations s'appliqueront aux conventions - cfr. art. 1156 et s. du Code civil - en cas de doute découlant des termes de celles-ci.

S'ajoutera un principe d'interprétation restrictive ou à tout le moins stricte, eu égard au fait que les services fonciers dérogent au droit commun de la propriété immobilière et à la liberté individuelle (à ce sujet, cfr. M. Hanotiau, Cours cité, p. 420 et s. et réf.).

L'on pourra aussi interpréter la convention à la lumière de l'exécution donnée par les parties à celle-ci - éléments extrinsèques à la convention -, à l'origine de l'expression d'une volonté tacite mais certaine valant accord verbal entre parties (pour des exemples en ce sens, cfr. Cass., 14 décembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 461; et Cass., 17 janvier 1969, *Pas.*, 1969, I, p. 452).

III. Le principe de la prohibition des “servitudes personnelles” :

47. Une servitude réelle doit constituer un rapport de fonds à fonds comme prévu par l'article 637 du Code civil, et ne peut instaurer en ordre principal un rapport de personne à personne, obligeant le propriétaire d'un fonds au profit du propriétaire d'un autre fonds.

La servitude conventionnelle ne peut donc engendrer en ordre principal et directement ce qui serait un rapport « *obligationnel* » de personne à personne lié au fonds sous-jacent et obligeant de façon réelle les propriétaires successifs de ce fonds. Ce faisant, elle serait une contradiction dans les termes; elle violerait la notion même de servitude et le “*numerus clausus*” des droits réels.

Il existe par conséquent un **principe de prohibition des servitudes personnelles**, découlant de l'article 686 du Code civil, normalement à caractère d'ordre public car il est lié au principe du “*numerus clausus*” des droits réels.

Ce principe s'inscrit dans la volonté des auteurs du Code civil de mettre fin à toutes les fausses servitudes - corvées, charges personnelles diverses, etc ... -, qui pesaient sur les individus, de façon excessive, sous l'Ancien Régime.

Il convient toutefois d'apprécier raisonnablement ce principe de prohibition des servitudes personnelles, sans prendre donc trop à la lettre le texte de l'article 686.

Il est certain que toute servitude implique toujours une relation personnelle dans le cadre du rapport réel de fonds à fonds qu'elle instaure. Il faut toutefois que cette relation de personne à personne soit *secondaire ou à tout le moins accessoire*, et prenne place sur le socle de la relation réelle qui est l'élément principal et le fondement du rapport de personne à personne, lequel n'est que le truchement de la servitude.

IV. La différence entre la servitude réelle et le droit de créance ; rappel de la servitude en tant que source d'obligation réelle

48. Il ne faut pas oublier par ailleurs que peut se poser une question plus simple de qualification du droit litigieux : est-il un droit de créance ou une servitude réelle ?

Il ne s'agit pas alors d'un problème d'application de l'article 686 du Code en tant qu'il prohibe les servitudes personnelles, mais une question, qui se situe en amont en quelque sorte, de qualification du droit litigieux.

Un *critère de distinction* résidera dans le point de savoir si le droit litigieux est ou non établi pour l'usage et l'utilité du fonds en ordre principal. Si tel est le cas, il pourra être qualifié de servitude réelle.

On constate à l'examen de la jurisprudence, d'une part un soin particulier des juges à bien qualifier les droits litigieux, d'autre part une appréciation raisonnable de l'application de l'article 686 du Code civil en tant qu'il prohibe les servitudes dites personnelles.

Mais n'oublions pas non plus que les servitudes engendrent des obligations **réelles**, principales, de faire ou ne pas faire, principales ou accessoires, positives ou négatives.

V. Jurisprudence : arrêts de la Cour de cassation

49. Plusieurs décisions expriment le principe du caractère réel de la servitude, qui n'exclut pas une relation personnelle à caractère secondaire. Nous retiendrons essentiellement la première.

D'autre part, le juge saisi d'un litige contestant l'existence ou la licéité d'une servitude, peut arriver à la conclusion qu'il n'y a pas servitude en l'espèce mais un droit personnel à la lumière de la volonté réelle des parties. Le juge n'annule pas alors la convention en tant qu'elle serait contraire au principe de la prohibition des servitudes personnelles; il disqualifie simplement l'acte et le requalifie en droit de créance ou lien « *obligationnel* » de type personnel³⁵. Nous rencontrons ces tendances dans la jurisprudence et les cas de sanction de servitudes sur pied de l'article 686 du Code civil, parce qu'elles seraient de fausses servitudes et porteraient atteinte à la prohibition des servitudes personnelles, sont en définitive très rares à notre connaissance.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1952 dans l'affaire "Pasquier"**** (*Pas., 1952, I, p. 597*) (**Décision n° 51**)

Par cet important arrêt de principe que nous avons déjà analysé *supra*, la Cour de cassation, dans une affaire portant sur une servitude conventionnelle, a déjà décidé que "(...) *les termes de l'article 686 du Code civil, dont le pourvoi fait particulièrement état, ne peuvent être pris dans un sens littéral; Que le service foncier, tout comme le droit personnel, profite toujours à des personnes; Qu'il y a servitude et non droit personnel, dès que le service est en rapport direct et immédiat avec l'usage et l'exploitation d'un fonds, n'eût-il d'autre effet que d'accroître la commodité de cet usage ou cette exploitation; qu'en accroissant la commodité de l'exploitation du fonds, le service lui procure une plus-value et est donc établi pour le fonds, au sens de l'article 686 du Code civil*".

La Cour a ensuite appliqué cette définition à l'examen de la décision de fond pour considérer que cette dernière avait légalement décidé que le droit de passage litigieux était constitutif de servitude conventionnelle, car il avait été établi pour augmenter la commodité de l'usage et de l'exploitation de l'immeuble appartenant aux consorts Pasquier

Cet arrêt est riche d'enseignements, d'abord dans la définition nuancée qu'il a donnée de la servitude, ensuite, dans la mise en évidence d'un critère de constatation et de qualification de la servitude : il convient, pour qu'il y ait service foncier, que ce dernier accroisse la commodité de l'usage ou de l'exploitation du fonds, en lui apportant ainsi une plus-value, ce qui profite au propriétaire du fonds dominant, mais indirectement seulement.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1967 (Pas., 1967, I, p. 536

Une vente immobilière était intervenue entre X et Y. Le contrat de vente du 19 août 1959 contenait une clause prévoyant que : "(Les acquéreurs) renoncent au droit pour eux-mêmes et pour leurs ayants droit d'utiliser ou de laisser utiliser comme débit de boisson le bien acheté suivant le présent acte, ce aussi longtemps que la venderesse ou le futur propriétaire exploiteront un débit de boissons dans l'immeuble contigu, qui demeure la propriété de la venderesse".

Cette clause était-elle à l'origine d'une servitude réelle ou d'un droit personnel découlant d'une qualification en simple clause de non-concurrence ? La deuxième qualification paraissait de loin la plus convaincante, la clause étant en effet constitutive d'une forme de clause de non-concurrence, à caractère personnel. Elle permettait en outre

³⁵Tout dépend aussi de ce que demande la partie demanderesse : veut-elle vraiment la nullité de la servitude ou la requalification lui suffit-elle; et si elle agit en nullité, la partie défenderesse opposera soit qu'il s'agit d'une véritable servitude réelle soit qu'il s'agit d'un droit personnel - requalification - parfaitement licite.

d'échapper à la qualification intermédiaire de servitude personnelle, qui eût rendu la clause en principe illicite sur pied de l'article 686 du Code civil³⁶.

Dans les faits, l'acquéreur Y ne respecta pas son obligation de non-concurrence de sorte qu'il fut assigné en responsabilité contractuelle par la venderesse X, laquelle exploitait encore un débit de boissons dans l'immeuble contigu.

Comme on pouvait s'y attendre, Y, assigné devant le tribunal de commerce mais, avec une certaine mauvaise foi, souleva une exception d'incompétence *ratione materiae* en prétendant que la clause était constitutive de servitude réelle et dès lors n'était pas de la compétence du tribunal de commerce mais du juge du paix du lieu.

A juste titre, tant le premier juge que la cour d'appel rejetèrent cette exception. Y se pourvut dès lors en cassation en invoquant, entre autres, la violation de la notion de servitude (article 637 du Code civil), de l'article 686, de la convention-loi (article 1134, alinéa 1^{er}), et de la foi due à l'acte authentique de vente (articles 1319, 1320 et 1322 du Code civil), outre un argument de non-réponse aux conclusions.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

A juste titre encore, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi, à la suite de la motivation suivante :

1) énoncé d'un critère de distinction : *“Attendu que l'interdiction, imposée par le vendeur à l'acquéreur d'un immeuble, d'y exploiter une entreprise déterminée, peut être stipulée ou bien en vue de l'intérêt personnel du vendeur, auquel cas la convention fait naître une créance dans le chef de celui-ci et une obligation personnelle dans le chef de l'acquéreur, ou bien en vue de l'usage et de l'utilité d'un fonds du vendeur, auquel cas elle crée une servitude”*;

2) pouvoir souverain d'appréciation du juge : *“Attendu qu'il appartient à l'appréciation souveraine du juge du fond de déterminer, par l'interprétation de la clause, l'objet et la nature de l'obligation, pourvu que cette interprétation ne méconnaisse pas la portée du texte légal qui définit la notion de servitude”*;

3) application au cas d'espèce : après le rappel du contenu de la clause litigieuse, la Cour a considéré que *“(…) sans méconnaître la foi due à la (...) clause, le juge a pu décider que l'obligation contractée par les demandeurs ne constituait pas une servitude; qu'en reconnaissant au contrat l'effet qu'il avait entre les parties dans l'interprétation qu'il en donne, il ne viole pas l'article 1134 du Code civil; que par sa constatation il répond de manière adéquate aux conclusions des demandeurs, et qu'il n'était pas tenu de répondre à tous les arguments invoqués à l'appui de leur thèse”*.

Le juge du fond, dans le processus de qualification et d'interprétation d'une clause à l'origine d'une servitude, est donc tenu de respecter, essentiellement : 1) la notion même de servitude réelle (cfr. art. 637 et 686 du Code civil); 2) la convention-loi 3) et la foi due à l'acte de servitude, qui est généralement un acte authentique.

3) Arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 1966 (affaire du “Casino de Coxyde”) (Pas., 1967, I, p. 63)

Plus extraordinaire mais demeurant quelque peu insaisissable, est cette belle affaire du “Casino de Coxyde”. A l'origine, en 1927, une convention était intervenue entre le sieur Blicck³⁷ et la société “La Plage de Coxyde” par laquelle, d'une part, fut vendu à cette dernière un terrain sur lequel elle construisit le Casino, d'autre part lui fut cédé un droit de jouissance gratuite d'une durée indéterminée sur un fonds dénommé le Parc, à charge pour la société de construire, entre autres, des cours de tennis et de les entretenir, avec stipulation d'un “droit de retour” au cas où les obligations en question ne seraient pas remplies³⁸.

Le **droit de jouissance** au profit de la société s'était vu adjoindre une obligation de ne pas construire autre chose que les terrains de tennis, que l'on pouvait qualifier de servitude *“non aedificandi”*.

Il était aussi prévu que les habitants de la commune de Coxyde pourraient aussi accéder au Parc et bénéficier de la jouissance de celui-ci, sous la forme d'une charge d'utilité publique. Apparaissait ainsi une **autre forme de droit de jouissance**, pour les habitants de la commune.

Il s'agissait donc d'un ensemble de droits et obligations enchevêtrés, assez complexe, dont la qualification en termes de droits réels ou de droits personnels était délicate.

³⁶Mais tel n'était pas l'enjeu du litige; il s'agissait plus simplement, en amont, de qualifier le droit litigieux pour déterminer le juge compétent.

³⁷Au sujet des antécédents d'achat des terrains concernant le sieur Blicck lui-même, cfr. note ci-après, et plus loin, contenu de l'arrêt de la Cour de cassation.

³⁸Déjà le sieur Blicck lui-même, qui avait acheté à l'origine la parcelle du Parc, avait accepté l'obligation de ne pas construire et les autres obligations imposées pour l'aménagement du Parc. Le juge du fond constatera ce point et la Cour de cassation le rappellera : cfr. ci-après.

Etaient ainsi liés :

- 1) le **droit de jouissance de la société**, élément que l'on peut qualifier de principal³⁹;
- 2) la servitude de *non aedificandi*;

3) et la "*charge d'utilité publique*" constitutive de **droit de jouissance** pour les habitants de la commune, portant sur le Parc ; ce dernier était l'accessoire du premier élément et elle consistait dans le fait de devoir laisser jouir les habitants de la ville de Coxyde, du parc en question; il était même antérieur au droit de jouissance, semble-t-il, car il s'imposait à l'origine au sieur Blicck et il avait été imposée à nouveau par ce dernier à la société cessionnaire du droit de jouissance, en profitant donc aux habitants de la commune de Coxyde; il existait ainsi un lien entre le droit de jouissance de la société et la charge d'utilité publique (autre droit de jouissance moins largement défini).

En 1928, la société "Casino-Tennis de Coxyde St Idesbald" a été constituée et la première société lui a fait apport du casino et du droit de jouissance sur le Parc - ainsi que des droits et obligations liés -. La société "Plage de Coxyde" fut par ailleurs dissoute en 1934.

Un litige est né entre la société "Casino-Tennis (...)" et les héritiers du sieur Blicck. **Ces derniers ont prétendu que le droit de jouissance s'était éteint pour différents motifs que l'on verra ci-après, mais était-ce le cas ?**

Tous ces motifs ont été rejetés par le juge du fond. Celui-ci a décidé que le droit de jouissance litigieux - qui était donc au centre du litige -, était un "**droit réel "sui generis" ou une servitude**" et "qu'en l'espèce le droit litigieux ne fait pas obstacle au principe de libre circulation des biens (...), le droit ne (devant) pas nécessairement être perpétuel.

Le juge ajouta que le casino tire directement profit du parc y adossé et des courts de tennis qui y ont été construits, que le fonds a été assujéti à une servitude *non aedificandi* et que la jouissance dudit fonds a été accordée non seulement à la société "La plage de Coxyde", mais aussi au public, l'auteur des demandeurs ayant déclaré avoir pour objectif principal de coopérer à la prospérité de la plage de Coxyde" (on voit ici apparaître la charge d'utilité publique, d'une façon qui n'est pas des plus claires toutefois).

Le juge décida également que le droit avait été cédé à la société sus-visée qui avait succédé à la société Plage de Coxyde.

Comment saisir et critiquer cette motivation qui brouillait quelque peu les pistes :

- 1) la qualification de droit réel "*sui generis*" n'était pas admissible en vertu du principe du "*numerus clausus*" des droits réels;
- 2) mais elle était complétée par celle de servitude qui pouvait sauver la décision de fond, mais paraissait peu pertinente pour qualifier un droit de jouissance;
- 3) à cette qualification était jointe la constatation que Mr. Blicck avait voulu conférer un droit de jouissance non seulement à la société en question mais aussi répercuter et réitérer la charge d'utilité publique, permettant au public de Coxyde d'accéder et jouir du Parc, et ce droit semblait être de nature personnelle.

Les héritiers Blicck se pourvurent en cassation et invoquèrent un moyen structuré en cinq branches, très ramassées dans leur formulation, attaquant les hypothèses d'interprétation les plus critiquables de la décision de fond, comme suit: 1) violation de la foi due à la convention car le droit de jouissance litigieux aurait uniquement été accordé à la société "Plage de Coxyde"; 2) violation du principe du "*numerus clausus*" des droits réels - art. 543 du Code civil - même si le pourvoi ne s'y réfère pas comme tel.

En outre, étaient soutenues : 3) l'exclusion de la qualification de servitude applicable au droit de jouissance car il "excluait toute jouissance dans le chef du propriétaire du fonds assujéti", c'est-à-dire le fonds servant de Blicck, si l'on comprend bien les choses; en effet, le droit de jouissance avait été cédé à la société Plage de Coxyde : pouvait-elle dès lors être titulaire d'une servitude dans le cadre d'un tel droit de jouissance, sur le fonds en question et donc sur le fonds dont elle avait la jouissance ? Cela paraissait étrange, d'où une nouvelle violation de la foi due aux actes, les demandeurs ayant par ailleurs soutenu dans leur pourvoi la qualification de droit d'usage, qui est une forme de droit d'usufruit; 4) et s'il fallait admettre une telle qualification dans le chef de la société Plage de Coxyde, le droit aurait dû s'éteindre à la dissolution de la société en 1934⁴⁰, ou à tout le moins 30 ans après sa formation (cfr. art. 619 et 625 du Code civil), ce que n'avait pas constaté le juge du fond (cfr. pourvoi à lire attentivement).

³⁹Et il n'est pas exclu que le sieur Blicck était propriétaire d'un fonds adjacent.

⁴⁰A cela on pouvait répondre qu'entre-temps le droit avait été apporté à la société défenderesse en cassation.

Il convient de relever que le moyen n'a pas invoqué la violation de l'article 686 du Code civil, ce qu'il aurait pu sans doute faire également.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a rejeté le moyen, tout en rectifiant la motivation du juge du fond, dont la décision demeurait justifiée selon l'arrêt - à savoir, décider que le droit litigieux n'avait pas pris fin -.

Voici comment l'arrêt se structure et son contenu :

1) rappel des énonciations du juge du fond : la Cour rappelle d'abord les énonciations du juge du fond au sujet de l'origine du droit de jouissance gratuite;

2) rappel de la décision de fond (suite) : ensuite la Cour rappelle le lien qui a été établi par le juge du fond entre ce droit et la servitude "*non aedificandi*", ainsi que la qualification de droit réel également retenue : "(...) *le jugement en déduit que la parcelle, dénommée "Parc", a été assujettie à une servitude non aedificandi en faveur des terrains avoisinants et du casino, que cet avantage tend à procurer aux fonds avoisinants une vue dégagée, que la jouissance du fonds ainsi assujetti a été accordée non seulement à la société "Plage de Coxyde", mais aussi au public, et qu'en vertu des dispositions précitées, chacun en a à ce jour tiré avantage*" (mis en évidence);

3) rectification de la qualification de droit réel et substitution d'une autre motivation retenant la qualification de droit personnel : "*Qu'il résulte des constatations du jugement que le droit litigieux confère un avantage à la commune et aux habitants, voisins du parc; Que le jugement constate, en outre, qu'il peut être mis fin à ce droit au cas où les conditions ne seraient pas remplies⁴¹, ce qui n'a pas encore eu lieu jusqu'à présent; Attendu qu'il apparaît ainsi que le droit litigieux qui a été créé non pas en faveur d'un fonds ou d'une personne déterminée, mais en faveur d'une communauté, c'est-à-dire la commune de Coxyde et ses habitants, comporte une charge d'intérêt public, dont la durée dépend de l'observation des conditions stipulées lors de son établissement; (...) que pareille charge doit être considérée, non comme un droit réel, mais comme une obligation personnelle, dont les conditions sont établies par la convention conclue entre les parties; (...)*" (mis en évidence);

4) rejet du moyen après constat du caractère justifié de la décision de fond : "(...) *ainsi, bien que le jugement considère à tort ledit droit comme un droit réel, son dispositif⁴² n'en est pas moins légalement justifié; Attendu dès lors que, ne critiquant pas les observations du jugement relatives au but d'intérêt public du droit litigieux, mais seulement les effets que le jugement reconnaît au prétendu droit réel, le moyen n'est en aucune de ses branches recevable, à défaut d'intérêt*".

Commentaires au sujet de l'arrêt

Les commentaires que l'on peut faire au sujet de cet arrêt doivent être prudents. Il ne s'agit pas en effet d'un arrêt de principe mais d'un arrêt d'espèce, et encore d'un simple arrêt de rejet.

Les grands axes de notre analyse sont les suivants :

1) la **charge de ne pas construire**, est qualifiée de servitude;

2) reste le **droit de jouissance** de la société et la charge d'intérêt public, qui est qualifiée de droit personnel au profit de la généralité des habitants de la commune; il peut certes en être ainsi⁴³;

3) on arrive dès lors au constat de l'existence de trois droits, deux sont personnels et le troisième est réel :

- il y a d'abord le droit de jouissance conféré à l'origine par le sieur Blicke à la société Plage de Coxyde;

- ensuite la servitude de *non aedificandi*, qui est clairement un droit réel et un accessoire du droit de propriété conféré sur le fonds originaire et dans une moindre mesure du droit de jouissance litigieux; ce droit vise à assurer la vue libre sur le fonds dit Parc;

- enfin se trouver la charge d'utilité publique : l'obligation de laisser jouir les habitants de Coxyde du Parc), autre droit de jouissance donc qui était de nature personnelle et constituait une forme d'excroissance du droit de jouissance de la société, liant aussi celle-ci;

⁴¹Ce qui a permis au juge du fond de dire que le droit litigieux ne faisait pas obstacle à la libre circulation des biens en question.

⁴²Décidant que le droit n'avait pas pris fin.

⁴³Au sujet des servitudes d'intérêt public, qui sont de véritables servitudes, cfr. *infra*, n° 591.

3) la Cour de cassation ne fait pas apparaître très clairement la distinction et l'articulation entre le droit de jouissance de base - profitant à la société - et la charge d'utilité publique portant sur le Parc - liant Mr. Blicke à l'origine semble-t-il, puis la société et profitant aux habitants de la Commune -, même si l'on comprend qu'elle retient également la qualification de droit personnel à son égard, lorsqu'elle relève que la jouissance du fonds a été accordée non seulement à la société "Plage de Coxyde" mais aussi au public; il aurait été préférable que la Cour fasse plus clairement la distinction entre les droits concernés - le droit de jouissance et la charge d'utilité publique -, et ensuite qualifie directement et expressément le droit de jouissance principal, qui était au centre du litige sur la durée de ce droit; on aurait pu retenir une qualification de droit de jouissance "*sui generis*" à l'égard de ce droit puisqu'il s'agissait d'un droit personnel;

4) cela étant, le raisonnement de la Cour est cohérent : le droit de jouissance et la charge d'utilité publique sont donc des droits de nature personnelle et la précision se trouvant dans l'arrêt suivant laquelle la nature personnelle de la charge d'intérêt public permettrait de justifier la décision de fond sur l'absence d'extinction du droit de jouissance litigieux, n'est pas vraiment critiquable : les deux droits sont complémentaires et de nature personnelle même si c'était le droit de jouissance litigieux qui était l'élément central du litige, et non à la charge d'utilité publique; μ

5) quant au **droit principal**, est-il certain qu'un tel droit de jouissance gratuite et à durée indéterminée puisse être qualifié de **droit personnel** ? Il nous paraît que l'on peut l'admettre et il s'agit alors d'un droit de jouissance "*sui generis*", gratuit⁴⁴ et à durée indéterminée; et quant à la nature gratuite de ce droit, on peut aussi s'interroger ? N'était-il pas dépourvu de cause objective, à savoir une « *cause-contre-prestation* » au sens de l'article 1108 du Code civil ? Non, semble-t-il : il nous paraît en effet qu'une analyse faisant apparaître la contrepartie de la jouissance, résidant dans l'obligation de construire et d'entretenir des terrains de tennis, avait permis de dire que le droit était doté d'une cause (mais ce point n'avait pas été discuté par les parties, semble-t-il).

VI. Enseignements à déduire en pratique de l'arrêt "Casino de Coxyde" : en matière immobilière, du droit personnel "*sui generis*" de jouissance, au droit réel de jouissance et à la servitude réelle, le cas échéant d'intérêt public (légal ou conventionnel) et à la charge personnelle d'intérêt public

50. Quels **enseignements** théoriques et pratiques peut-on déduire de ce dernier arrêt ?

Nous tenterons, avec une certaine circonspection, de proposer la *typologie des droits* suivante :

1) on peut créer par convention sur des biens, en particulier sur des immeubles, des **droits de jouissance personnels**, soit nommés (*contrat de bail; droit d'occupation précaire, etc ...*) soit innommés ou "*sui generis*", et ce à durée indéterminée le cas échéant; l'autonomie de la volonté sera limitée par le respect des règles de droit des obligations (nécessité notamment d'une cause-contre-prestation et mobiles déterminants), et par le respect de l'ordre public et des bonnes moeurs; des droits accessoires à ces droits - charges d'intérêt public à caractère personnel par exemple - pourront également être créées dans les mêmes limites⁴⁵;

2) si l'on recourt à la création d'un **droit réel de jouissance**, il faudra respecter : 1) le principe du "*numerus clausus*" des droits réels, et la **prohibition** en conséquence **de la création d'un droit réel "*sui generis*"** qui ne rentrerait pas dans l'une ou l'autre des catégories nommées de droits réels de jouissance connus - usufruit, servitude⁴⁶ et emphytéose essentiellement -; et 2) la règle de la prohibition de la création d'une servitude "personnelle" prévue par l'article 686 du Code civil. Le droit réel de jouissance choisi se verra aussi appliquer le régime de durée propre à ce droit, assez contraignant comme on le sait en matière d'usufruit - caractère essentiellement viager du droit (art. 617, début, du Code civil) - et règle des 30 ans pour les titulaires de droits qui ne sont pas des "particuliers" (art. 619) - ou d'emphytéose - durée de 27 à 99 ans (art. 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur l'emphytéose (cfr. *infra*)) -;

3) si l'on recourt à une **qualification de servitude réelle**, la jouissance limitée concernée prenant la forme d'un service foncier pesant sur un autre fonds, la jouissance devra s'intégrer dans un rapport de fonds à fonds correspondant à la notion légale de servitude (cfr. art. 637 et surtout 686 du Code civil), et le droit sera en principe perpétuel sauf volonté contraire des parties ou règles légale spécifique (cfr. art. 710*bis*). S'y appliquera donc la qualification de servitude réelle mais il n'est pas exclu que l'on puisse aussi qualifier le droit de droit personnel - droit de créance -, lorsqu'il crée une relation existant directement entre personnes, comme l'a qualifié d'ailleurs la Cour de cassation dans l'affaire "Casino de Coxyde";

4) des **servitudes d'utilité publique** peuvent en outre exister, en vertu de législations spécifiques de droit de l'urbanisme essentiellement, ou de conventions; ces - véritables - servitudes sont souvent rendues plus contraignantes encore par une contractualisation qui aura pour conséquence de leur conférer une nature de servitudes conventionnelles

⁴⁴ A distinguer d'un bail par exemple.

⁴⁵ Attention aux possibles régimes contraignants de droit public et administratif.

⁴⁶ Qui peut en effet impliquer une forme de droit de jouissance conféré au propriétaire du fonds dominant; cfr. *supra*.

s'imposant en principe aux cessionnaires ultérieurs des fonds servants⁴⁷;

5) des "charges" d'utilité publique peuvent aussi être conférées par convention essentiellement : il s'agira de droit personnels en principe, que l'on analysera comme tels en fonction de la nature des droits et obligations conférées ; l'autonomie de la volonté s'applique et il n'existe pas de disposition restrictive en la matière équivalente à l'article 686 du Code civil;

6) il découle du point 2) ci-dessus que d'autres droits réels pourront bien sûr être utilisés, en fonction des besoins de la pratique : la copropriété forcée des immeubles bâtis par exemple, ainsi que les droits d'usage et d'habitation également.

VII. Autre question et tendance dans la jurisprudence : la qualification du droit litigieux en servitude réelle et non en servitude personnelle prohibée

51. Comme indiqué ci-dessus, le cours et les tribunaux sont susceptibles de sauver un droit litigieux de la prohibition de l'article 686 du Code civil, en le qualifiant de servitude réelle en fonction d'une analyse précise de la relation de fonds à fonds en résultant.

On trouve un bel exemple de ce type de raisonnement dans une décision ancienne du tribunal de Bruges, du 21 janvier 1956, dont le raisonnement peut être pris comme exemple et être extrapolé à d'autres situations où le juge est en mesure de mettre en évidence qu'un lien de service a été créé par une servitude conventionnelle, profitant à un fonds aux dépens d'un autre - **lien d'utilité objective** - et apportant par conséquent une certaine plus-value au premier.

Jugement du tribunal civil de Bruges du 21 janvier 1956 (Rev. not. 1958, p. 236)

Comment pouvait-on qualifier un droit de chasse portant sur un ensemble de parcelles, au profit d'un fonds sur lequel se trouvait un château de famille qui allait être reconverti en hôtel ? Était-ce un droit prohibé par la loi du 4 août 1789 abrogeant les privilèges féodaux, une servitude personnelle prohibée par l'article 686, ou une servitude réelle admise par cette disposition et au sens de l'article 637 du Code civil ? Par cette intéressante décision, le tribunal civil de Bruges, après avoir écarté la prohibition sur la base du texte révolutionnaire, qui n'excluait pas la constitution de droits personnels et réels, a ensuite rejeté la qualification de droit de chasse à dure déterminée, au profit d'une personne précise, assimilable à un bail.

Il a finalement retenu la qualification de servitude réelle, et non de servitude personnelle prohibée par l'article 686, aux motifs qu'il existait une relation de fonds à fonds à la suite du droit de chasse, profitant à un fonds - dominant - et pesant sur l'autre - servant -. En effet, le droit de chasse profitait au fonds où se trouvait le château et n'avait pas été "réservé pour le plaisir d'une personne déterminée". Il était donc utile au fonds qui pouvait être qualifié de dominant. En outre, il apportait une plus-value à ce fonds et le droit pourrait lui-même faire l'objet d'une location. En conclusion : "(...) vu les circonstances très exceptionnelles dans lesquelles le droit de chasse a été réservé, il y a lieu d'admettre qu'il n'a pas été constitué au profit d'une personne, mais aussi pour l'utilité et le profit d'une propriété; que la clause discutée apparaît donc comme valable".

Cette analyse serrée de la nature concrète du droit et de ses effets essentiellement réels - lien d'utilité et plus-value réelle en résultant -, et non personnels, nous paraît tout à fait convaincante.

VIII. Suite du régime en matière de servitudes conventionnelles : les articles 695 à 697 et la superficie accessoire dans le cadre des articles 696 et 697

52. Pour être complet au sujet du régime des servitudes conventionnelles, il convient de citer les deux règles découlant des articles 695 et 696 du Code civil, qui peuvent avoir une certaine importance pratique :

1) **article 695** : "Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre reconnaissant de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi" : lorsque le titre constitutif de la servitude fait défaut, il ne peut être remplacé, en cas de servitude discontinue ou non apparente, que par un acte reconnaissant qui émane du propriétaire du fonds servant (à ce sujet, cfr. Cass., 25 novembre 1966, *Pas.*, 1967, I, p. 392 et 16 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 554); la Cour de cassation a précisé par un arrêt du 1^{er} mars 1990, que, à défaut de titre constitutif d'une servitude discontinue telle une servitude de passage, l'aveu, qui doit émaner du propriétaire du fonds servant, peut valoir comme titre reconnaissant à condition qu'il implique la volonté certaine de reconnaître l'existence de la servitude (cfr. *Pas.*, 1990, I, p. 761 et Cass., 28 janvier 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 885 et note J. Hansenne) ;

2) **article 696** : "Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine, emporte nécessairement le droit de passage" : cette règle est de bon

⁴⁷A ce sujet, cfr. notre Chronique de jurisprudence, Dossier du J.T. n° 63, 2007, *op. cit.*, spéc. p. 237, et examen de jurisprudence par J. Koekelenberg, T. Van Sinay et H. Vuye, *op. cit.*, T.P.R., 2001, p. 1151 à 1154, n° 175 à 178.

sens⁴⁸; elle ne contredit pas la règle d'interprétation restrictive des servitudes quant à leur objet en tant qu'elles dérogent au droit commun⁴⁹; cette règle porte plus précisément sur les modalités d'exercice de la servitude et permet une certaine latitude à cet égard, que le juge du fond apprécie souverainement en fait, en demeurant toutefois tenu par le titre de la servitude et la notion légale de servitude, ainsi que par le cadre de la servitude défini par les parties (au sujet de cette règle, cfr. les développements éclairants de M. Hanotiau, *in* Cours cité, spéc. p. 420 et s., et jur.);

3) **article 697** : cet article doit être combiné avec le précédent : la Cour de cassation l'a affirmé dans un remarquable arrêt du 12 juin 2014 (*Pas.*, 2014, I, p. 1483 ; Décision n° 158ter), reconnaissant la théorie de la superficie accessoire (plutôt que conséquence), en ces termes « 1. L'article 696 du Code civil dispose que, quand on établit une servitude, on est censé accordé tout ce qui est nécessaires pour en user. **L'article 697 du Code civil dispose en outre que « celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour les conserver ».** Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. Aux termes de l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler. **2. Il ressort des articles 696 et 697 du Code civil qu'un droit de superficie accessoire (...)** » ; on comprend bien l'article 697 : permettre au propriétaire du fonds dominant, de faire sur le fonds servant, tous ouvrages nécessaires pour user et conserver sa servitude; nous y reviendrons dans la matière de la superficie (cfr. *infra*).

Par. 3. La prescription acquisitive en tant que deuxième mode d'établissement des servitudes du fait de l'homme : les articles 690 et 691 du Code civil

53. Le deuxième fait de l'homme applicable aux servitudes est la prescription acquisitive (usucapion).

Sous l'ancien Code, Celui qui possède un droit de servitude pendant **30 ans** (cfr. art. 2262 du Code civil), ou par prescription abrégée (cfr. art. 2265), acquiert le droit de servitude.

54. Un axe essentiel du régime découle des articles 690 et 691 du Code :

- **article 690** : “*Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de 30 ans*”;

- **article 691** : “*Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.*”

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquise par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière” (mis en évidence).

Seules les servitudes continues **et** apparentes sont donc prescriptibles par usucapion (cfr. art. 690). Les servitudes discontinues et apparentes, ou continues et non apparentes, ne peuvent donc faire l'objet d'une prescription acquisitive (cfr. art. 691).

Cette double règle est rappelée par l'article 684, alinéa 2, issu de la loi du 1^{er} mars 1978, en matière de servitude de passage au profit des fonds enclavés, une servitude de passage étant en effet essentiellement discontinue puisqu'elle requiert le fait de l'homme pour

⁴⁸Ainsi pour la Cour de cassation, une servitude dite de “libre passage” confère le droit non seulement de passer à pied, avec une bicyclette ou une brouette, mais aussi de “faire circuler un chariot plus grand ou une camionnette pour les besoins normaux du chargement et du déchargement” (Cass., 8 mai 1970, *Pas.*, 1970, I, p. 780).

⁴⁹Car l'on reste dans l'objet et la finalité normale de la servitude.

être exercée.

55. On sait par ailleurs que la *ratio legis* de ces règles est à mettre en relation avec l'**article 2232 du Code civil** qui prévoit que les **actes de pure faculté et de simple tolérance** sont présumés précaires et ne peuvent fonder une possession, et par conséquent une prescription. Or, les actes en rapport avec des servitudes discontinues peuvent être généralement assimilables à des actes de simple tolérance, tandis que ceux en rapport avec des servitudes non apparentes sont assimilables à des actes de pure faculté (cfr. *supra*).

Nous nous réservons de revenir plus en détails que la question de la prescription des servitudes conventionnelles et légales en raison de son intérêt pratique et de l'intérêt conceptuel de la jurisprudence en la matière, qui a été parfois peu orthodoxe.

Par. 4. La destination du père de famille en tant que troisième mode d'établissement des servitudes du fait de l'homme : les articles 692 et 693 du Code civil, distingués de l'article 694

I. Les articles 692 et 693 du Code civil : les conditions de la destination du père de famille et distinction avec l'article 694

56. En vertu de ces dispositions:

- **article 692** : "*La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes*" (nous soulignons) : la règle est identique à celle exprimée par l'article 691 concernant la prescription; la destination du père de famille ne s'applique qu'à des servitudes continues et apparentes;

- **article 693** : "*Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude*".

57. Outre le cumul des caractères nécessaires d'apparence et de continuité - première condition -, ce mécanisme spécifique qui allie dans ses sources la tradition et l'équité, requiert **trois conditions d'existence** :

1) au départ, il doit avoir existé un fonds ayant appartenu au même propriétaire, le "*père de famille*";

2) ce père de famille doit avoir établi un lien de service foncier entre deux parties de son fonds, à l'origine service foncier en question;

3) le lien de service, qui doit être continu et apparent⁵⁰, se cristallise juridiquement en servitude lorsque les deux parties de fonds à l'égard desquels il existe, créant un rapport de fonds servant à fonds dominant, sont séparées et deviennent la propriété de deux propriétaires distincts⁵¹; la destination du père de famille sort alors ses effets et vaut

⁵⁰Par exemple, le droit de conserver des arbres de hautes futaies à une distance inférieure à celle prescrite par les articles 35 et suivants du Code rural, constitue une servitude continue et apparente qui peut s'acquérir par destination de père de famille. Encore faut-il toutefois rapporter la preuve que l'ancien propriétaire du fonds avait eu l'intention d'établir une telle charge constitutive de servitude au profit de l'un des deux fonds par la suite séparés. Cfr. N. Verheyden-Jeanmart, P. Coppens et C. Mostin, Examen de jurisprudence cité, R.C.J.B., 2000, spéc. n° 200, p. 448.

⁵¹Antérieurement, il ne peut y avoir servitude sur le fonds en totalité appartenant au

titre constitutif de servitude.

Par un arrêt du 25 mars 1897, la Cour de cassation a décidé que l'établissement d'une servitude par destination n'exige pas deux fonds d'abord séparés, puis réunis et disjointes à nouveau. Nous verrons que c'est l'article 694 qu'il convient d'appliquer à ce type de situation, comme l'a également décidé la Cour de cassation par un arrêt du 6 janvier 1944 que nous citerons ci-après.

L'**article 694 du Code civil** s'applique à donc une situation plus spécifique. Il ne requiert pas la condition de continuité et prévoit que : *“Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné”*.

58. Par l'arrêt du 6 janvier 1944, la Cour de cassation a éclairci le domaine d'application de cet article, à la lumière de ses travaux préparatoires et de ceux des articles 692 et 693.

II. L'application de la destination du père de famille en matière de vues et de jours

59. L'on rencontre d'intéressantes applications de la destination du père de famille en matière de vues et de jours, en particulier dans les villes. Il arrive en effet que des vues soient établies par un ancien propriétaire, donnant d'une partie de son bien sur un autre partie. En cas de séparation, naît en principe une servitude par destination du père de famille au profit de la partie qui a acquis le fonds ou bâtiment qui bénéficie de la vue, sauf volonté contraire des parties.

Nous avons rencontré une remarquable application de ce genre de mécanisme dans un arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2013.

*Arrêt de la Cour de cassation du 25 mars 2013 : arrêt de la destination du père de famille – du propriétaire - appliquée aux vues*** (Pas., 2013, I, p. 784) (Décision n° 53)*

La question se posait de savoir si l'acquéreur d'un fonds divisé avait le droit de demander le maintien d'une vue acquise par destination du père de famille. L'autre partie, tenue – ou non – de supporter la vue sur son fonds s'y était opposée.

Cette partie avait obtenu gain de cause d'où un pourvoi de l'acquéreur invoquant la violation de l'article 693 du Code civil, entre autres.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

Tout est dit très méthodiquement et exactement par ce bel arrêt de principe, qu'il convient de citer et qui inspirera les praticiens dans ce genre de situation se présentant plus fréquemment que l'on pense.

La motivation de l'arrêt est la suivante (son texte étant traduit du néerlandais). L'arrêt se réfère d'abord aux articles 688, alinéa 2 et 689, alinéa 2, définissant les servitudes continues et apparentes. Puis il aborde la destination du père de famille en citant l'article 692

seul père de famille : *“Res sua nemini servit”*.

du Code civil prévoyant que la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes, ainsi que la suite de cette disposition. Quid dès lors de son application par le juge du fond ?

« 2. Il suit de ces dispositions que les vues existant au moment où le propriétaire divise son fonds continuent de grever un des fonds divisés au profit de l'autre fonds divisé.

Le propriétaire d'un terrain désireux de le diviser est libre, soit d'enlever les vues avant la division du terrain, soit de s'engager à enlever ces vues après la division, soit d'imposer à l'acquéreur d'un des fonds divisés l'obligation d'enlever les vues.

3. L'acquéreur d'un des fonds divisés a le droit de maintenir les vues existantes pour autant que l'ancien propriétaire ne lui ait pas imposée l'obligation de les enlever. La circonstance que le vendeur s'est engagé envers l'acquéreur de l'autre fonds divisé à enlever les vues est sans incidence à cet égard.

4. Les juges d'appel ont constaté qu'aux termes d'un acte authentique du 28 février 2006, la demanderesse a acheté l'immeuble n° 10, grevé de toutes ses servitudes actives ou passives, préjudiciables ou avantageuses, apparentes ou non apparentes.

Il ne ressort pas de cet acte que le vendeur a imposé à la demanderesse l'obligation d'enlever les vues litigieuses.

5. Dans ces circonstances, les juges d'appel n'ont pas pu, par confirmation du jugement entrepris, condamner la demanderesse à enlever et à obturer les fenêtres de la façade arrière de l'immeuble de la demanderesse.

Le moyen est fondé » (mis en évidence).

Le raisonnement est pertinent. Peut-être une précision aurait-elle pu être apportée par la Cour : si le vendeur s'engage à enlever les vues à l'égard de l'autre partie, avant de céder le bien à l'acquéreur, et qu'il est mis fin, en raison de la volonté des parties, à la servitude par destination du père de famille, cette dernière ne pourra plus être invoquée par l'acquéreur pour conserver les vues.

III. Le régime spécifique de l'article 694 du Code civil; le rétablissement d'une servitude antérieure, par un régime légal distinct de la destination du père de famille; l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1944

60. L'arrêt du 6 janvier 1944 est un arrêt de principe rare dans sa référence très détaillée aux travaux préparatoires des articles litigieux.

Arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1944 (Pas., 1944, I, p. 134)

Un père de famille et son épouse, les consorts Nicolas, avaient établi un passage - trottoir bordé d'une rigole - permettant d'accéder à l'arrière d'une maison. Cette dernière, d'un seul tenant à l'origine, avait été séparée en deux parties distinctes et le passage longeait le mur latéral de la partie gauche, semble-t-il, puis l'arrière de la maison, pour desservir l'arrière de la partie droite du bien, qui était sans accès sinon à la voie publique. Un lien de servitude avait ainsi été établi par un "père de famille", mais il s'agissait d'une servitude de passage, par définition discontinuée, donc ne pouvant faire l'objet d'une véritable destination par le père de famille (cfr. art. 692 du Code civil).

Au décès des consorts Nicolas, les deux maisons revinrent à leurs enfants, et ceux qui héritèrent de la partie droite de la maison, desservie par le passage, soutinrent l'existence de la servitude.

Le juge du fond en a reconnu l'existence en appliquant l'article 694 du Code civil qui ne requiert que la condition d'apparence. Les demandeurs en cassation invoquèrent essentiellement la violation des articles 692, 693 et 694 du

Code civil, au motif que le juge du fond avait appliqué l'article 694 alors que, manifestement, il aurait dû se référer aux articles 692 et 693 : il s'agissait d'un cas de destination de père de famille qui ne pouvait donner naissance à une servitude puisqu'elle était discontinuée.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation, après le résumé du contenu de la décision de fond en rapport avec la situation litigieuse, a considéré, à juste titre, qu'il s'agissait bien en l'espèce d'une question d'acquisition d'une servitude par destination du père de famille, qui n'avait pu sortir ses effets dès lors que la servitude de passage litigieuse était discontinuée.

La Cour a ensuite expliqué quel était le cadre précis de l'article 694, distingué des articles 692 et 693 : *«Attendu que c'est donc à tort que le jugement attaqué décide que le cas de l'espèce rentre dans les prévisions de l'article 694 du Code civil; qu'il ressort des travaux préparatoires de ce Code, notamment du rapport d'Albisson au Tribunal, qu'à la différence de l'article 693, qui vise l'établissement, par le père de famille, d'une servitude nouvelle, c'est-à-dire n'existant point antérieurement, l'article 694 suppose l'existence antérieure d'une servitude; Qu'il s'applique au cas où le propriétaire de deux héritages dont l'un, avant la réunion dans sa main, devait un service à l'autre et entre lesquels un signe apparent de servitude a subsisté, dispose ensuite de l'un de ces héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude;*

Attendu, en dernière analyse, qu'il s'agit, dans le cas prévu à l'article 694 du Code civil, d'une servitude légalement préexistante et se manifestant, entre les deux héritages, par un signe apparent, servitude dont l'exercice s'est trouvé nécessairement suspendu par suite de la réunion de ces deux héritages dans les mains d'un même propriétaire, mais qui a recommencé à produire tous ses effets à dater du jour où le propriétaire a disposé de l'un des deux fonds sans rien stipuler à cet égard; qu'il se voit des constatations du jugement ci-dessus reproduites, que les conditions d'application de l'article 694 ne se rencontrent pas en l'occurrence;

Attendu que la théorie exposée par le juge du fond ne saurait prévaloir contre les termes clairs, précis et formels du rapport d'Albisson au Tribunal, avec lesquels le texte de l'article 694 se trouve en parfaite concordance (...)».

La cassation est dès lors prononcée sur ces bases.

On le voit, les situations visées par les articles 692 et 693 du Code civil d'une part, et 694 d'autre part, sont très différentes :

1) naissance d'une servitude nouvelle par destination du père de famille (art. 692 et 693) : dans ce cas, il s'agit : 1) d'un fonds originaire, entre deux parties duquel existe un lien continu et apparent de servitude établi par le père de famille, propriétaire du fonds;

2) et d'où la naissance de la servitude - nouvelle - au moment de la séparation du fonds en deux. Le mécanisme fait intervenir un fait de l'homme résidant dans la destination du père de famille; il est vrai toutefois qu'il est essentiellement légal;

3) renaissance d'une servitude ancienne après réunion du fonds, puis nouvelle séparation (art. 694) : rétablissement de la servitude du père de famille : dans ce cas, le processus fait *renaître* une servitude ancienne préexistante et opère en **trois temps** (et non en deux) : 1) une servitude ancienne a d'abord existé entre deux fonds; 2) l'existence de cette servitude a été suspendue pendant la période où les deux fonds ont été réunis entre les mains d'un même propriétaire; 3) la servitude antérieure est "réactivée" lors de la nouvelle séparation du fonds en deux parties distinctes, correspondant à la situation ancienne du rapport foncier, et ce à partir du moment où cette servitude était à tout le moins apparente, sans devoir présenter en outre un caractère continu. **Ce dernier mécanisme sera supprimé par le livre 3⁵².**

Ce mécanisme est légal mais l'on peut se demander quelle est la nature de la servitude lorsqu'elle était, à l'origine, conventionnelle et que la convention des parties avait prévu la servitude mais non la situation de réunion puis de nouvelle séparation ultérieure des fonds. Il me paraît que la servitude qui réapparaîtrait alors en quelque sorte, conserverait son caractère conventionnel d'origine et, partant, se verrait appliquer les règles en matière de servitudes conventionnelles, dont la perpétuité de principe de la servitude.

⁵² Cfr. le passage suivant de l'exposé des motifs : *« En revanche, il n'apparaît pas pertinent de reprendre le cas du rétablissement par destination du père de famille qui suscite des controverses quant à la preuve de la servitude originaire. Que convient-il de prouver ? L'existence antérieure de la servitude établie par titre (auquel cas l'article ne sert pas à grand-chose) ou simplement l'existence du signe apparent avant la division du fonds (voy. V. SAGAERT, *Beginselen (...)*, p. 484 (...)* » » (cfr. document cité, p. 221) (cette dernière solution paraît la meilleure)

Par. 5. Les effets des servitudes du fait de l'homme

I. Présentation générale

61. Le chapitre des servitudes dans le Code civil se poursuit par une Section 3, intitulée “*Les droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due*”.

Cette section règle en 6 articles la question des droits du propriétaire du fonds dominant, à l'origine d'obligations dans le chef du propriétaire du fonds servant.

Ces droits et obligations sont de deux types : un droit de faire tous ouvrages nécessaires dans le chef du propriétaire du fonds dominant (cfr. art. 697) et des obligations accessoires pesant sur le propriétaire du fonds servant, dont il peut se libérer par un abandon de propriété, mécanisme tout à fait spécifique (cfr. art. 698 et 699), et enfin des obligations générales de ne pas faire qui impliquent le respect de la servitude de part et d'autre (cfr. art. 701 et 702).

On peut se demander pourquoi le législateur n'a pas posé ces règles comme s'appliquant à tous les types de servitudes (en particulier les articles 701 et 702 au sujet de l'équilibre général dans l'usage des servitudes). Sans doute la raison de cette absence de généralité des règles doit-elle être trouvée dans le fait que chaque régime de servitude légale contient déjà, le plus souvent, des règles précises qui expriment de façon particulière ou implicite les articles 701 et 702.

II. Le droit du propriétaire du fonds dominant de faire tous ouvrages nécessaires à la servitude, et les obligations réelles accessoires pesant sur le propriétaire du fonds servant, sauf le mécanisme de la faculté d'abandon de la propriété : les articles 697 à 699 du Code civil

A. Énoncé des règles

62. Les articles 697 à 699 ont donné lieu à très peu de développements dans les travaux préparatoires du Code civil⁵³. Ils énoncent un droit, des obligations et un mécanisme d’*abandon*” de propriété comme suit :

1) article 697 : un droit de faire tous ouvrages nécessaires dans le chef du propriétaire du fonds dominant : “*Celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver*” : ce droit de nature réelle est exprimé de façon générale et existe au profit du propriétaire du fonds *dominant*, ce qui est quelque peu paradoxal au regard du texte des articles 637 et 686 du Code civil qui requièrent la nature réelle et non personnelle du droit de servitude; il s'agit d'un droit à caractère général et intrinsèque, découlant directement de la servitude, qui fait naître une obligation réelle de respect de ce droit à charge du propriétaire du fonds servant;

⁵³Cfr. notamment, rapport de M. Berlier : “*Il me reste peu de chose à dire sur le surplus du projet. Il traite des droits et devoirs respectifs des propriétaires d'héritages dont l'un doit une servitude à l'autre; et les règles, prises à ce sujet dans l'équité et l'usage, ne pouvaient présenter ni embarras ni incertitude*” (Cfr. Fenet, t. VI, spéc. p. 313); il n'y a aucun développement dans le rapport du tribun Albisson.

2) article 698 : de possibles obligations accessoires pesant par exception sur le propriétaire du fonds servant : “*Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d’établissement de la servitude ne dise le contraire*”; cet article établit une règle et une exception à la règle :

- *en règle*, le droit de faire tous ouvrages nécessaires à la servitude énoncé par l’article 697 ne crée pas une obligation d’en assumer les frais à la charge du propriétaire du fonds servant; c’est toujours le propriétaire du fonds **dominant** qui prend en charge les frais des ouvrages en question;

- *par exception* à cette règle, il peut être convenu dans le cadre d’une servitude conventionnelle que le propriétaire du fonds **servant** devra supporter les frais en rapport avec les ouvrages nécessaires à la servitude. L’on voit apparaître ici un mécanisme spécifique à l’origine d’une obligation accessoire de faire (“*facere*”)⁵⁴ pouvant être prévue, en matière de servitude conventionnelle, à charge du propriétaire du fonds servant, et créant donc un droit subjectif de nature réelle, corrélatif, dans le chef du propriétaire du fonds dominant; l’article suivant instaure un mécanisme très particulier de faculté d’abandon permettant au propriétaire du fonds servant d’échapper à ce type d’obligation;

3) article 699 : la faculté d’abandon du fonds (ou « déguerpiement ») : “*Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l’usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s’affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due*”; ce mécanisme est tout à fait exceptionnel. Rare en pratique, il est remarquable en théorie et a pour conséquence la cession en pleine propriété du fonds servant par le propriétaire de ce dernier pour échapper à l’obligation accessoire de faire énoncée sur pied de l’article 698 et pouvant être stipulée par la servitude conventionnelle en question; il s’agit d’un mécanisme tout à fait spécifique, propre aux seules servitudes conventionnelles⁵⁵.

B. Analyse doctrinale des obligations réelles accessoires (art. 698) et de la faculté d’abandon (art. 699) : approfondissement; analyse du Professeur J. Hansenne et comparaison avec le régime de la mitoyenneté (art. 655 et 656 du Code civil)

63. Les articles 698 et 699 du Code civil sont d’un grand intérêt.

Le premier, dans le mécanisme d’exception qu’il érige, est à l’origine d’un certain type d’obligations réelles : des obligations réelles accessoires de faire - “*facere*” - : à savoir, exécuter les ouvrages nécessaires à l’usage de la servitude, sur le fonds servant, voire dominant - et pesant sur le propriétaire du fonds **servant**, par exception à la règle que prévoit le début de l’article.

Le second organise un mécanisme dérogatoire au droit commun en vertu duquel il est possible pour le propriétaire du fonds servant de se libérer de cette obligation de faire pesant sur lui, en abandonnant la propriété du fonds qui doit la servitude.

64. Le professeur J. Hansenne a mis en évidence la nature de cette obligation et ses caractéristiques, dans une étude qui a fait date⁵⁶.

⁵⁴Et pas seulement de respect.

⁵⁵Si ce n’est le mécanisme similaire découlant de l’article 656 du Code civil, qui existe en matière de mitoyenneté (autre servitude légale) : cfr. *supra*.

⁵⁶Cfr. “De l’obligation réelle accessoire à l’obligation réelle principale”, in “Etudes dédiées à Alex Weill”, Dalloz-Litec, 1983, p. 325 et s.

L'obligation est attachée au droit réel général de servitude. Elle est donc l'accessoire de ce droit et du bien immobilier dont la servitude est elle-même l'accessoire. Elle est en outre réelle et non personnelle, parce qu'elle lie la personne en tant que propriétaire du fonds servant, et partant se transmet avec le fonds, que cela soit entre vifs ou à cause de morts, en liant donc le nouveau propriétaire.

Enfin, elle est caractérisée par la **faculté d'abandon, anciennement – et à nouveau par le livre 3 - dénommée le « déguerpissement » (cfr. art. 3.122.)**, qui permet au propriétaire du fonds servant de s'en libérer au prix de l'abandon, total ou partiel, de la propriété du fonds liée à la servitude.

Cette obligation est qualifiée par J. Hansenne d'**obligation “de service”**, par laquelle le propriétaire du fonds servant consent à assumer une mission de service : “(...) il entend se mettre au service du fonds dominant et, par delà, au service de son propriétaire”⁵⁷. Cette formule paraît quelque peu outrancière au regard de l'économie générale, nécessairement réelle, de la servitude - cfr. art. 637 et 686 -, mais l'idée de service est parlante.

Pour J. Hansenne, ce type d'obligation se distinguerait des **obligations de “respect”** rencontrées dans les autres droits réels démembés et obligeant le titulaire du droit résiduaire à respecter les prérogatives réelles de l'autre titulaire de droit. Ainsi les obligations découlant des articles 701 et 702 - cfr. ci-après - seraient des obligations “de respect” tandis que celle issue de l'article 698, *in fine*, ou d'ailleurs de l'article 655 du Code civil en matière de mitoyenneté, serait une obligation “de service”.

L'élément caractéristique de ce type d'obligation réside pour le reste dans les prestations de “*facere*” qui doivent être accomplies par le propriétaire du fonds servant. Nous reviendrons dans la conclusion de notre ouvrage sur ce type d'obligation réelle accessoire en les replaçant dans une typologie plus générale des obligations réelles et personnelles en matière de droits réels.

65. La faculté d'abandon, quant à elle, est de même nature que celle rencontrée dans le droit de la mitoyenneté, qui découle de l'**article 656 du Code civil**, et permet d'échapper à l'obligation d'entretien du mur mitoyen énoncée par l'article 655 (en ayant même une portée plus générale lorsque la règle permet d'échapper à l'obligation de contribuer aux frais de construction originaire du mur en vertu de l'article 663 du Code civil (à ce sujet, cfr. *supra*, et examen de l'arrêt de la Cour de cassation du 8 février 1968 – **Décision n° 46**- rendu dans l’*affaire de l'Evêché de Liège*”⁵⁸).

Nous avons vu dans le parallèle entre l'article 656 et l'article 699 du Code civil, la preuve que la mitoyenneté était un type de servitude légale, outre la qualification de copropriété forcée à titre accessoire s'y appliquant. La faculté d'abandon y est toutefois organisée en rapport avec un cas de servitude légale alors que l'article 699 s'applique aux seules servitudes conventionnelles.

⁵⁷*Ibidem*, spéc. p. 328.

⁵⁸L'arrêt de la Cour de cassation ayant, on s'en souviendra, tranché la question sans se référer à l'article 656 directement - ce pourquoi nous l'avons critiqué -, mais à la présomption d'utilité commune à la base de l'article 663.

III. Les droits et obligations à caractère réel découlant des articles 701 et 702 du Code civil

A. Dispositions légales : le texte des articles 701 et 702 du Code civil

66. Les articles 701 et 702 gouvernent l'équilibre nécessaire qui doit exister dans le cadre de la servitude, obligeant directement le propriétaire du fonds dominant et celui du fonds servant⁵⁹. Ce sont des obligations réelles mais liées au **devoir de bonne foi** :

1) **obligation réelle pesant sur le propriétaire du fonds servant, de ne pas diminuer l'usage de la servitude : article 701 :**

- **règle** : *“Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode.*

Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée”;

- **exception** : faculté d'offre de déplacement de la servitude – qui sera reprise par le livre 3 - : *“Mais, cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujetti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser”;*

2) **obligation réelle pesant sur le propriétaire du fonds dominant, de ne pas aggraver la condition du fonds servant : article 702 du Code civil :** *“De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier”.*

B. Economie générale de ces articles : portée raisonnable, abus de droit

67. Les articles 701 et 702 érigent d'un côté une obligation réelle de ne pas diminuer la condition du fonds dominant, pesant sur le propriétaire du fonds servant, et de l'autre une obligation réelle de ne pas aggraver la condition du fonds servant, pesant sur le propriétaire du fonds dominant.

Il s'agit d'obligations réelles de ne pas faire - *“non facere”* -, de nature moins intense que l'obligation de faire que nous avons étudiée ci-dessus à la lumière de l'article 699 du Code civil.

Ces obligations réelles sont réciproques et chaque fois contrebalancées par un droit de nature réelle dans le chef du propriétaire du fonds corrélatif.

Ainsi, à l'obligation de ne pas diminuer la condition du fonds servant, pesant sur le propriétaire du fonds dominant, correspond un droit de nature réelle qui existe dans le chef du propriétaire du fonds servant (cfr. art. 701), et de même dans le cadre de l'article 702.

68. Si ces droits sont des droits de nature réelle, accessoires du droit réel de servitude, ils sont susceptibles d'**abus de droit** comme tout droit subjectif. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle décidé, par l'arrêt du 14 novembre 1997, que nous avons déjà examiné au début du cours, *supra; Pas.*, 1997, I, p. 1191), que la demande en démolition d'un ouvrage empiétant de façon minime sur l'assiette d'une servitude de passage, demande fondée sur le droit du propriétaire du fonds dominant déduit de l'article 701 du Code civil, peut être considérée comme abusive si les inconvénients résultant de l'acte accompli par le propriétaire du fonds servant sont mineurs (application du critère de la disproportion en matière d'abus de droit).

69. L'obligation réelle qui pèse sur le propriétaire du fonds servant de la servitude, en vertu de l'article 701, al. 1^{er}, ne signifie pas que ce propriétaire voie son droit de propriété et de jouissance sur le fonds restreint par-delà l'objet même et les prérogatives liées à la servitude, et profitant au propriétaire du fonds dominant.

⁵⁹Ces deux articles sont précédés par l'article 700 qui prévoit la règle particulière suivante : *“Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée. Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit”.*

Il est par exemple admis que le propriétaire d'un fonds assujéti à une servitude de passage conserve le droit de clôturer le fonds, notamment à des fins de sécurité, ou d'élever des constructions au-dessus du passage, pourvu qu'il n'entrave pas ce dernier et laisse par exemple une porte de communication suffisante entre le fonds dominant et le sien (à ce sujet, cfr. J. Hansenne, Précis, II, spéc. n° 1127, p. 1141 et 1142).

C. La faculté d'offrir au propriétaire du fonds dominant un autre endroit pour l'exercice de la servitude : cfr. art. 701, al. 3

70. La faculté prévue par l'article 701, al. 3, montre que la situation issue du droit de servitude n'est pas figée. Cette faculté découle de l'équité.

Il en résulte que le propriétaire du fonds dominant devra accepter le déplacement de la servitude, si le nouvel endroit qui lui est proposé est aussi commode que le précédent pour l'exercice du service foncier. Les frais de déplacement de la servitude seront à la charge du propriétaire qui fait usage de la faculté de déplacement, à savoir le propriétaire du fonds servant (au sujet de cette faculté, cfr. J. Hansenne, Précis, II, spéc. n° 1129, n° 1143).

Le mécanisme exceptionnel de l'article 701, al. 3, s'applique en vertu de la loi, par conséquent sans que le titre de la servitude ne l'ait nécessairement prévu, ou que la question de l'assiette de la servitude et ses modalités n'aient été réglée par le titre.

Il va de soi que le déplacement ne pourrait être imposé unilatéralement en fait par le propriétaire du fonds servant ("*Nul ne peut se faire justice à soi-même*" et violation de la convention-loi et de la servitude). Il devra agir en justice devant le juge de paix compétent en cas de refus du propriétaire du fonds dominant d'accéder à la demande de déplacement (lequel refus ne pourra pas être marqué par un abus de droit).

D. L'article 702 du Code civil : l'obligation réelle de ne pas aggraver la condition du fonds servant, pesant sur le propriétaire du fonds dominant ; application dans la jurisprudence des deux règles qu'il contient

71. Nous rencontrons en ordre principal dans la jurisprudence des cas d'application de l'article 702 - obligation dans le chef du propriétaire du fonds **dominant** de ne pas aggraver la condition du fonds servant -. Deux arrêts de la Cour de cassation ont apporté certaines précisions au sujet de l'articulation et des limites des règles découlant de l'article 702⁶⁰.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 7 décembre 1967 (affaire "de la motocyclette" (Pas., 1968, I, p. 471))

Une servitude de passage conventionnelle existant en vertu d'un acte datant du 8 avril 1841, prévoyait un passage "(...) pour aller en toute saison, à pied et avec brouette, à la portion du (fonds concerné)". Le propriétaire du fonds dominant avait fait usage de la servitude en passant à pied mais en poussant une mobylette, moteur arrêté. Le propriétaire du fonds servant, particulièrement tracassier et procédurier, lança une action en justice sur le fondement de l'article 702 du Code civil en prétendant que l'autre partie avait aggravé la condition de la servitude, contrairement à cette disposition, et que la finalité de la servitude était limitée au "défruitement" du fonds dominant et n'avait donc pas été respectée.

Le juge du fond rejeta avec raison l'action car il n'y avait pas eu, selon lui, d'aggravation ni de changement de finalité en l'espèce. Le propriétaire du fonds servant s'est pourvu en cassation en invoquant, entre autres, la violation de la servitude, de la foi due au titre, de la convention-loi et de l'article 702 du Code civil.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

Il était évident que la Cour de cassation devait rejeter le pourvoi. Elle l'a fait au terme d'une motivation qui se réfère aux énonciations du juge du fond, écarta sur cette base l'existence d'une volonté des parties à la servitude de limiter le but de celle-ci, le juge du fond n'ayant donc pas violé la foi due à la convention, et conclut de la façon suivante : "(...) c'est aussi sans méconnaître la force probante et la force obligatoire de l'acte du 8 avril 1841, et sans violer aucune des dispositions légales relatives aux servitudes, indiquées par le moyen, que le juge, après avoir **souverainement** constaté que le passage, sur l'assiette de la servitude, d'un piéton poussant à la main une motocyclette, moteur arrêté, ou tout autre objet insonore dont le volume n'excède pas celui d'une brouette chargée, n'est pas de nature à aggraver la condition du fonds servant, décide que pareil passage est un mode d'exercice normal de la servitude, conforme au titre constitutif de celle-ci".

La formulation est belle et précise. Elle est le reflet d'une réalité entachée d'une certaine mesquinerie, mais le droit réside aussi dans les détails et les litiges de détails, qui ne devraient pas être⁶¹, sont hélas légion.

⁶⁰Pour une application antérieure de l'article 702, cfr. aussi l'arrêt rendu dans l'affaire "du jeu de quilles", le 19 décembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 401.

⁶¹Et que l'on réglera souvent grâce à l'abus de droit.

Les limites imparties à l'appréciation par le juge du fond du respect, dans les faits, de la servitude et de la non-aggravation de la condition du fonds dominant, sont donc évidentes et classiques. Elles résident dans : 1) la servitude elle-même (cfr. art. 637 et 686); 2) la convention-loi (art. 1134, al. 1^{er} et principe général du droit du même nom); 3) la foi due à la convention (cfr. art. 1317, 1319 et 1320 du Code civil en cas d'acte authentique), et 4) la règle posée par l'article 702 et la notion légale d'aggravation qui s'y trouve.

Le juge du fond peut également admettre une certaine évolution du cadre de la servitude, et une adaptation aux contraintes nouvelles de la pratique après écoulement d'un certain laps de temps depuis sa conclusion, sans pour autant devoir relever une aggravation de celle-ci⁶². Une interprétation téléologique du texte de la servitude, surtout en matière de servitudes anciennes, est donc admissible et n'est pas incompatible avec le titre. La recherche de la volonté réelle des parties (cfr. art. 1156 du Code civil), le cas échéant sur la base des éléments extrinsèques découlant de l'exécution donnée par elles à la convention de servitude, sera aussi éclairante et parfois déterminante.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 30 mai 1980 (Pas., 1980, I, p. 1202)

Nous ne disposons pas des données de fait précises de cette affaire. Nous comprenons qu'une servitude de passage avait été créée au profit d'une exploitation industrielle pour un trafic lourd de camions-poubelles notamment, à destination d'un seul hangar, mais un second avait été ajouté⁶³, d'où une aggravation du trafic et de la condition de la servitude et du fonds servant, selon le propriétaire de ce dernier. Le juge du fond admit l'existence d'une aggravation de la servitude et ordonna son rétablissement à la normale semble-t-il.

Les propriétaires du fonds dominant se pourvurent en cassation en invoquant un second moyen pris de la **violation de l'article 702 du Code civil**. Leur argument, subtilement énoncé, était le suivant : "(...) une servitude de passage n'entraîne pas l'interdiction pour le propriétaire du fonds dominant de construire sur son fonds ou d'effectuer des transformations, ce qui "en soi" ne peut aggraver la charge de la servitude au sens de l'article 702 du Code civil, mais ne fait qu'augmenter la fréquence de son usage, ce qui, comme en l'espèce, à défaut de limitation de cette fréquence par le titre, ne peut être sanctionné par l'article 702 du Code civil (...)".

L'article 702 stipule cependant l'obligation de non-aggravation par rapport à un double objet : le titre de la servitude d'une part, la condition concrète et la situation du fonds servant et de la servitude d'autre part, à laquelle il ne peut être apporté d'aggravation.

Dans cette espèce, le lecteur a l'impression que c'était le second élément qui avait été pris en considération par le juge du fond (aggravation et changement par rapport à la situation du fonds servant), mais la Cour de cassation a considéré que le juge du fond s'était référé au titre, sans doute à la lumière d'éléments issus du dossier dont nous ne disposons pas (cfr. aussi ci-après).

La Cour de cassation a également jugé utile de répreciser les deux règles découlant de l'article 702 et leurs critères d'application.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La motivation de cet arrêt de principe est la suivante :

1) première règle (référence au titre) : "Attendu que l'article 702 du Code civil dispose que celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre; que cette règle concerne le cas où aucune modification n'est apportée au fonds ou celui où la modification est prévue par le titre; que le titre est susceptible d'interprétation en tenant éventuellement compte des dispositions de l'article 1162 du Code civil⁶⁴; que seule une aggravation sensible de la situation du fonds servant peut être prise en considération" (mis en évidence);

2) seconde règle (référence à la situation du fonds) : "Attendu que le même article comporte une seconde règle et dispose qu'un changement ne peut être apporté à l'un des fonds, qui aurait pour effet d'aggraver la condition du fonds servant; que cette fois le texte légal vise un changement pour lequel le titre n'est pas décisif; que seule une aggravation sensible de la condition du fonds servant peut être interdite" (mis en évidence);

3) application au cas d'espèce : "Attendu qu'en l'espèce le tribunal se fonde sur le titre lequel ne

⁶²Dans cette affaire, ce qui était important en fait, c'est que les usages de la servitude, quoiqu'ayant évolué de la brouette à la motocyclette ..., fussent demeurés parfaitement insonores. Il n'y avait donc pas d'aggravation réelle de l'exercice de la servitude.

⁶³Et en dépit de la destruction du premier hangar, l'aggravation était mise en évidence compte tenu du fait que "la cour située sur le fonds des (propriétaires du fonds dominant) constitu(ait) déjà un garage ».

⁶⁴Qui prévoit la règle d'interprétation en cas de doute contre celui qui a stipulé, et en faveur de celui qui a contracté l'obligation. L'interprétation devrait donc se faire en faveur du propriétaire du fonds servant.

concerne que les habitants des maisons numéros 223 et 223 A, à l'exclusion d'une entité indépendante, n'ayant rien à voir avec lesdites habitations, à savoir un garage pour un trafic très lourd de camions-poubelles; que le tribunal fait donc application de la première règle de l'article 702 et non de la seconde comme le soutient le moyen; que le tribunal relève il est vrai une "aggravation de la servitude" mais veut par-là satisfaire à la condition, qui vaut aussi pour la première règle, selon laquelle l'aggravation de la condition du fonds doit être sensible".

Cet arrêt, traduit du néerlandais, n'est pas aisément compréhensible.

Il en découle toutefois les enseignements suivants me semble-t-il, si l'on veut en tirer un contenu cohérent:

1) l'article 702 énonce deux règles : une règle de non-aggravation par rapport au titre de la convention⁶⁵ et une règle de non-aggravation par rapport à la situation concrète du fonds servant; la seconde aggravation pourrait en effet se produire sans qu'il y ait eu nécessairement une atteinte au titre de la servitude;

2) dans les deux cas, l'aggravation doit être "*sensible*", élément et condition commune aux deux règles; on peut se demander pourquoi la Cour de cassation met ce caractère ou critère d'application en évidence alors qu'il ne résulte pas du texte de l'article 702 et des travaux préparatoires du Code civil; n'aurait-il pas été plus proche du texte de l'article 702 de requérir que le **changement** lui-même - la cause -, apporté à la condition du fonds servant, soit **sensible**, et ce pour qu'il y ait véritablement aggravation - la conséquence-;

3) en l'espèce, lorsque la Cour de cassation a énoncé "que le tribunal relève il est vrai une "*aggravation de la servitude*" mais veut par-là satisfaire à la condition, qui vaut aussi pour la première règle, *selon laquelle l'aggravation de la condition du fonds doit être sensible*", la Cour a voulu dire que c'était l'aggravation de la condition du fonds de la servitude par rapport au titre, que le juge avait relevée dans le cadre de la première règle, sinon il y aurait une confusion entre les deux règles⁶⁶, que l'arrêt a pris soin pourtant de distinguer;

4) ces distinctions ne sont-elles pas byzantines ? En pratique une aggravation par rapport au titre, qui devra être sensible, impliquera aussi le plus souvent une aggravation de la condition du fonds servant. La Cour de cassation requiert toutefois que le juge du fonds précise laquelle des règles il applique - et cela pourrait être les deux -, avec application, du critère de l'aggravation ou du changement sensible.

72. L'obligation réelle de ne pas aggraver la condition du fonds servant est par ailleurs exprimée à l'article 640, alinéa 3, en ce qui concerne la servitude légale d'écoulement des eaux, pesant sur les fonds inférieurs : "Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. *Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la situation du fonds inférieur*" (mis en évidence; pour un cas d'application récent de cette disposition dans la jurisprudence, cfr. Cass. 4 novembre 2005, J.T., 2006, p. 90 et s., et note P.-P. Renson, "La servitude légale d'écoulement des eaux").

Les articles 701 et 702 du Code civil sont énoncés dans un chapitre qui porte sur les servitudes établies par le fait de l'homme. Les principes qu'ils prévoient nous paraissent dépasser la matière des servitudes du fait de l'homme et valoir pour tous les types de servitudes, en ce compris les servitudes légales, comme l'article 640, alinéa 3, en est l'indice en matière de servitude légale d'écoulement des eaux.

Par. 6. Rappel général des règles applicables à la prescription acquisitive et extinctive : les articles 690 et 691 d'une part, 706 à 708 de l'autre

I. Remarque préliminaire

73. Il est utile de consacrer une section spécifique à la question de la prescription, surtout acquisitive, en matière de servitudes. Nous verrons en effet que la pratique et la jurisprudence ont été confrontées à des litiges fréquents dans ce domaine. La cohérence du

⁶⁵Pour un cas d'application, cfr. Cass., 26 mars 1993 : viole la force obligatoire du titre constitutif d'une servitude de passage, le propriétaire du fonds dominant qui, sans le consentement du propriétaire du fonds servant, étend cette servitude au profit d'un autre de ses fonds (*Pas.*, 1993, I, p. 329).

⁶⁶Qui impliquerait que même pour l'application de la première règle - aggravation sensible par rapport au titre de la servitude -, il faille constater cumulativement l'aggravation sensible de la condition du fonds servant, ce qui serait une exception au principe de la convention-loi.

raisonnement global en la matière implique également que l'on mette en évidence les règles applicables à la prescription extinctive.

II. Les règles en matière de prescription *acquisitive* : rappel des articles 690 et 691 du Code civil

74. En vertu des articles 690 et 691 :

1) **article 690** : “*Les servitudes continues et apparentes s’acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans*”;

2) **article 691** : “*Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, ne peuvent s’établir que par titres.*

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu’on puisse attaquer aujourd’hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s’acquérir de cette manière”.

Il découle de ces dispositions que seules les servitudes apparentes **et** continues peuvent s’acquérir par usucapion à la suite d’une possession. Les servitudes discontinues ou non apparentes donnent lieu à des actes similaires aux actes de pure faculté ou de simple tolérance présumés précaires par l’article 2232 du Code civil et ne pouvant fonder une possession (cfr. *supra*).

Une servitude de passage, qui est essentiellement discontinue, ne peut s’acquérir par prescription. L’article 684, alinéa 2, issu de la loi du 1^{er} mars 1978, rappelle la règle en matière de servitude légale de passage du chef de fonds enclavé : “***Aucune prescription ne peut être invoquée quelle que soit la durée du passage***”.

Une servitude de vue est continue et apparente. Elle peut donc s’acquérir par prescription. Il n’en va pas de même d’une servitude de vue *sensu stricto*, dite de prospect, dont les éléments de servitude “*non aedificandi*” et “*non altius tollendi*” sont non apparents.

Nous reviendrons plus loin spécifiquement sur la question de la prescription en matière de servitudes de passage ainsi que de vues et de servitudes de vue.

75. D’autre part, en vertu du droit commun, le **point de départ de la prescription *acquisitive*** découle du premier acte de possession utile de la servitude (cfr. art. 2229 du Code civil), qui doit être public.

La règle doit être appliquée raisonnablement et en fonction de la réalité pratique. Ainsi, par exemple, s’il s’agit de prescrire *acquisitivement* le droit de conserver un arbre de haute tige planté à une distance illégale, le point de départ du délai de 30 ans résulte du moment où le voisin peut apercevoir l’arbre planté à une distance illégale, et non du moment de la plantation (à ce sujet, cfr. H. De Page et H. Dekkers, *Traité*, t. VI, 1^{ère} éd, spéc. n° 557)⁶⁷.

III. Les règles en matière de prescription *extinctive* : les articles 706, 707 et 708 du Code civil

76. La distinction entre servitudes continues et discontinues est également importante pour ce qui concerne la prescription extinctive des servitudes, à la suite d’un non-usage pendant trente ans, et le point de départ du délai de trente ans.

Les règles générales énoncées par les articles 706 et 707 du Code civil, déjà signalées *supra* – cfr. n° 32 – sont les suivantes, en y apportant certaines précisions :

1) **article 706 : délai de 30 ans** : “*La servitude est éteinte par le non-usage*

⁶⁷On pourrait aussi, à l’instar de ce que nous avons vu en matière de jours et vues de servitudes, raisonner en termes de prescription extinctive et appliquer alors les articles 706 et 707 du Code civil.

pendant trente ans”; cette disposition est une application de la prescription extinctive découlant de l’article 2262 du Code civil (cfr. J. Hansenne, Précis, t. II, n° 1133, p. 1146);

2) article 707 : computation du délai : “*Les trente ans commencent à courir selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l’on a cessé d’en jouir, lorsqu’il s’agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu’il s’agit de servitudes continues*”.

La règle de l’article 707 est logique. Le lien avec la continuité ou la discontinuité s’impose en raison.

Une servitude discontinue, qui requiert le fait actuel de l’homme pour être exercée, ne peut s’éteindre que trente ans après le dernier acte d’exercice de la servitude. En matière de servitude de passage, essentiellement discontinue, le délai de prescription extinctive commence donc à courir à dater du dernier acte d’exercice, du dernier passage donc, et peu importe par ailleurs que le fait de cesser d’user de la servitude découle d’une décision volontaire et consciente ou d’un obstacle extérieur; ce qui compte, c’est le **dernier acte du propriétaire du fonds dominant**.

Les servitudes continues, qui s’exercent sans le fait actuel de l’homme, se prescrivent à dater du premier acte contraire à la servitude, donc à partir du moment où est survenu un obstacle à la jouissance et à l’exercice de la servitude, un acte contraire à celle-ci, émanant du propriétaire voisin en principe, propriétaire du fonds servant. Ce qui importe ici, c’est le **premier acte contraire à la servitude du propriétaire du fonds servant ou d’un tiers**.

77. Prenons le double exemple suivant que nous approfondirons encore plus loin :

1) en cas de vue construite à une distance illégale, la “*vue de servitude*” qui découle de la loi, servitude légale à caractère continu⁶⁸, s’éteindra au bout de trente ans à dater du premier acte contraire à la servitude émanant du propriétaire du fonds servant, à savoir à dater de la construction de la vue, premier acte contraire à l’obligation légale de ne pas construire à une distance moindre que celle prévue par la loi;

2) si une servitude de prospect a été acquise à la suite d’un empiètement, obligeant le voisin à ne pas construire sur son fonds, cette servitude, également continue et apparente⁶⁹, s’éteindra en principe à dater du premier acte contraire du propriétaire du fonds servant, à savoir à partir de la construction d’un obstacle contraire à la vue (ce qui ne sera pas le cas, on le notera, d’une simple clôture n’entravant pas la vue; cfr. J. Hansenne, Précis, t. II, spéc. n° 1134, p. 1147 et 1148).

Une précision d’importance encore : dans la pratique ce sont le plus souvent des actes contraires du propriétaire voisin qui seront pris en considération pour l’extinction des servitudes continues, mais, en dépit des termes de l’articles 707, *in fine*, il n’est pas requis que l’obstacle à la servitude découle nécessairement d’un fait de l’homme, et encore moins d’un fait de l’homme conscient exprimant une volonté d’aller à l’encontre de la servitude. Il peut résulter d’un cas fortuit ou de force majeure, ou encore du fait d’un tiers et plus généralement d’une cause extérieure au fait du voisin.

Enfin, la preuve de la prescription extinctive et de l’écoulement du délai de trente ans incombera au propriétaire du fonds servant. Elle sera rapportée par toutes voies de droit. La prescription est bien sûr susceptible d’interruption (cfr. Cass., 19 novembre 1982, Pas., 1983, I, p. 340) ou de suspension.

Nous verrons que le Livre 3, à l’article 3.126. prendra comme point de départ général de la prescription, le « *non-usage* » de la servitude. Il faudra voir qu’en penser.

⁶⁸Car elle ne requiert pas de fait de l’homme pour être exercée; cfr. *supra*.

⁶⁹Car matérialisée par l’ouvrage en empiètement.

78. L'article 708 du Code civil ajoute une règle plus spécifique : "*Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière*".

Cette règle gouverne la prescription extinctive et non la prescription acquisitive. Cette précision apparemment évidente⁷⁰ et donc normalement inutile, s'impose dans la mesure où la Cour de cassation a admis, nous le verrons plus loin, une théorie de la prescription acquisitive de l'assiette ou du mode d'exercice des servitudes de passage, sur laquelle elle est heureusement revenue par la suite. Cette théorie n'a pas été rattachée en droit belge à l'article 708, et pour cause puisque ce dernier ne concerne que la prescription extinctive, mais a été développée en devenant en quelque sorte, durant quelques décennies, le pendant d'origine jurisprudentielle de cet article, en matière de prescription acquisitive.

Cette règle sera maintenue dans le livre 3 (cfr. art. 3.126.).

⁷⁰Et pourtant, la Cour de cassation de France raisonnera différemment et l'appliquera aussi à la prescription acquisitive.

Sous - section 3. Le régime des servitudes du fait de l'homme dans le livre 3.

79. **Rmq préliminaire.** Nous avons vu *supra* comment l'article 3.114. définit en de nouveaux termes la notion de servitude.

Exposons maintenant le régime des servitudes en général dans le livre 3 – avant les servitudes légales, au sujet desquelles nous serons plus brefs -, en particulier des servitudes du fait de l'homme qui est devenu le régime de droit commun des servitudes dans le livre 3 et précède d'ailleurs les servitudes organisées ensuite par ce dernier.

Nous aborderons ci-après : 1) les sources des servitudes ;

Par. 1^{er} Les sources

80. Selon l'article 3.116., toujours placé sous les dispositions générales avec les articles 3.114. et 3.115. :

« Les servitudes s'établissent par la loi ou par le fait de l'homme.

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 du propriétaire grevé dudit droit réel

Les règles spéciales relatives aux servitudes du fait de l'homme s'appliquent également aux servitudes légales, sauf dispositions contraires ou incompatibilité avec la finalité poursuivie par le législateur ».

81. Le début de l'article est conforme au système actuel. Il convient de rappeler que le fait de l'homme comprend : 1) le titre – la convention - ; 2) la prescription acquisitive ; 3) et la destination du père de famille.

82. **L'alinéa 2 de l'article prévoit un nouveau mécanisme qui pourrait également se révéler surprenant dans ses conséquences, quant à la possibilité pour le titulaire de droits réels d'usage de se prévaloir de servitudes à l'égard du propriétaire sous-jacent.**

Il s'agit en réalité d'une servitude à soi seul, que l'on peut qualifier de légale, nous semble-t-il.

83. Le dernier alinéa de l'article a pour conséquence et confirme que les articles figurant sous le Chapitre 2 – « *Servitudes du fait de l'homme* » (cfr. ci-après) - constituent le droit commun des servitudes, applicable également aux servitudes légales, ce qui est une bonne chose.

Le critère de l'incompatibilité éventuelle « *avec la finalité poursuivie par le législateur* », n'est cependant pas de la plus grande clarté et ne permet pas une réelle prévisibilité des applications concernées.

Par. 2. Les servitudes du fait de l'homme dans le livre 3

A. Modes spécifiques d'acquisition

84. **Rmq. préliminaire.** Trois modes apparaissent à nouveau : l'acte juridique, la prescription et la destination du propriétaire (remplaçant les termes « *du père de famille* », trop « *genrés* »). Il s'agit des mécanismes du titre si l'on reprend l'ancienne terminologie il est vrai non plus privilégiée par le livre 3.

On peut se demander pourquoi le titre concerné de la section est « *Modes spécifiques d'acquisition* » ; il s'agit plutôt des modes généraux d'acquisition des servitudes.

1) L'acte juridique

85. L'article 3.117. prévoit que : « *Toutes les servitudes peuvent s'acquérir par acte juridique* ».

Il précise que les servitudes établies par acte juridique peuvent être prouvées au moyen d'un acte reconnaissant émanant du titulaire du fonds servant au moment de sa rédaction.

Il est précisé, ce qui est important on l'a déjà vu, qu' « (...) *elles peuvent être constituées par le propriétaire ou par tout titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit* ».

86. L'article vise donc la notion d' « *acte juridique* ». Celle-ci est-elle plus vaste que la notion de convention ? Ou s'en doute. Comprendrait-elle notamment les actes par engagement de volonté unilatérale ? On peut se poser la question. Ne faudrait-il pas revenir à la notion de convention ?

Par ailleurs, l'article se réfère à la possibilité de prouver les actes juridiques au moyen d'un acte reconnaissant. Certes, mais l'alinéa 2 ne devait-il pas prévoir d'abord que l'acte juridique se prouvera conformément aux règles de preuve du Code civil en la matière – prééminence de l'écrit, etc ... -. Apparemment non : il s'agit là d'un mécanisme *sui generis*, étant toutefois dans la ligne du prescrit de la preuve écrite en droit civil (cfr. livre 8 du nouveau Code entré en vigueur le 1^{er} novembre 2020).

87. La fin de l'article est importante : elle étend le champ d'application personnel concernant les sujets de droit pouvant constituer des servitudes.

2) La prescription acquisitive (art. 3.118.)

88. Voici l'article en la matière : « *Article 3.118. Prescription acquisitive* ». : « *Les servitudes apparentes peuvent naître par prescription acquisitive aux conditions fixées par les articles 3.26. et 3.27.* », à savoir les dispositions applicables à la prescription de base ainsi qu'à la prescription abrégée, ramenée à 10 ans.

La simplification est radicale : oubliés les articles 690 et 691.

Il se confirme que le régime de la prescription des servitudes est considérablement réduit à un régime élémentaire, et **étendu dans ses nouvelles et vastes possibilités d'application**, en ce qu'il suffit de prouver une possession de bonne foi – présumée d'ailleurs et sans plus de juste titre - ayant duré 10 ans, en rapport avec une servitude **simplement apparente** (et en fonction de la nouvelle définition donnée à l'article 3.130. analysé ci-dessus, dont on a vu qu'elle était source d'incertitudes), pour pouvoir se prévaloir de l'acquisition d'une servitude.

N'est-ce pas un mécanisme qui risque à nouveau de fragiliser la propriété immobilière actuelle ou future ?

En conséquence en tout cas des servitudes antérieurement imprescriptibles car discontinues deviennent prescriptibles. L'exposé des motifs le précise : *« En pratique, la servitude de passage devient susceptible d'acquisition par prescription acquisitive à condition que les faits de passage soient réguliers et révélés par des quelconques traces sur le fonds servant (taille de la végétation, pose de revêtement du sol, aménagement d'une clôture, tonte de l'assiette du passage, traces de roues de véhicules, etc.). Il en va de même pour la servitude de puisage qui s'exercerait par exemple au moyen d'une pompe sur le fonds dominant communiquant au fonds voisin au moyen d'un tuyau. Il en va de même pour la servitude d'égouts d'eaux ménagères ou d'adduction d'eau potable, à condition que les conduites soient au moins en partie visible et réaliser sur le fonds servant. On vise ainsi sans précision la prescription acquisitive afin d'inclure dans celle par 30 ans que l'abrévée à leurs conditions respectives (...) »* (cfr. p. 220) (mis en évidence et souligné par nous).

L'explication est prudente mais qu'en sera-t-il de simples traces de passage répété, sous la forme de marques au sol, dans le cas d'une servitude de passage ? Il y aura, c'est fort à parier, de nombreux litiges en la matière et la jurisprudence devra trouver son – nouveau – chemin, alors que le régime ancien était bien établi.

3) La nouvelle destination du père de famille, dite du « propriétaire » (art. 3.119.)

89. La **destination du père de famille** actuellement visée par l'article 693 et qui requiert le cumul des conditions d'apparence et de continuité de la servitude, est rebaptisée

Le mécanisme nouveau, prévu à l'article 3.119. prévoit qu' : *« Une servitude naît par destination du propriétaire lorsque les deux fonds actuellement divisés ont appartenu à un propriétaire et qu'un lien de service entre les fonds existe au moment de la division ».*

Le dernier alinéa de l'article prévoit que : *« Ce mode d'acquisition ne vaut que pour les servitudes **apparentes au moment de la division** ».*

Cet article étend donc à nouveau ce mécanisme d'acquisition des servitudes, qu'il renomme (puisque actuellement la destination du père de famille requiert aussi la condition de continuité : cfr. art. 692).

Il est renvoyé à la pensée de **François Laurent**, célèbre auteur des *Principes de droit civil (français)*⁷¹ – mais « belges » essentiellement -, publiés dans les années 1870 - 1880, à ce sujet : « *François Laurent (t. VII) fonde de l'exigence d'apparence et de continuité sur le consentement tacite des parties quant au maintien du lien de service : l'acquéreur du bien divisé doit avoir connaissance de l'existence du lien de service pour consentir à son maintien. S'agissant plus précisément de l'exigence de continuité, il prend l'exemple du passage pratiqué entre deux fonds appartenant au même propriétaire qui s'annonce par une porte et un chemin aménagé. Lors de la séparation des fonds, la porte et le chemin sont maintenus. Laurent estime toutefois que la servitude ne peut naître parce qu'il existe un doute sur l'intention des parties. Le passage est conservé mais à quel titre, simple tolérance de servitude ? Dans le doute on ne pourrait pas, selon lui, admettre la volonté d'établir une servitude par consentement tacite, car il n'y a consentement tacite que lorsqu'il est impossible de donner une autre interprétation au fait duquel on veut induire le concours de volonté.*

Les auteurs de ce projet partent au contraire de l'idée que des ouvrages apparents et des traces visibles sur le fonds servant permettent de protéger celui-ci lors de son acquisition. On insiste sur le fait que cela doit être visible pour quelqu'un de prudent et raisonnable lors de la division (...) » (cfr. p. 221 et 222).

Disons immédiatement que Laurent nous convainc davantage que les auteurs du livre 3 : de simples traces même visibles, on ne peut déduire toujours de façon certaine un consentement tacite.

D'ailleurs, Laurent est nettement plus circonspect dans son analyse que ce qui est rapporté ci-dessus dans le cas de la porte et du chemin maintenus, dans le cadre d'une servitude de passage : « (...) *Il ne naîtra pas de servitude. Pourquoi ? Parce qu'il y a doute sur l'intention des parties. Elles conservent le passage, mais à quel titre ? Ce peut être par tolérance, par relations de bon voisinage. On peut aussi dire à titre de servitude. Dans le doute, on ne pouvait pas admettre la volonté d'établir une servitude par consentement tacite, car n'il y a de consentement tacite que lorsqu'il est impossible de donner une autre interprétation au fait d'où l'on veut induire le concours de volontés. En matière de servitude surtout, il faut qu'il n'y ait aucun doute sur la volonté de constituer une servitude, car la liberté des héritages est en jeu : dans le doute, on doit se prononcer pour la liberté contre la servitude* »⁷².

Cette analyse est tout à fait exacte et emporte notre conviction : n'oublions pas que la servitude est une charge qui porte sur la propriété d'autrui; elle devrait donc être d'interprétation stricte, et le régime de naissance en la matière également strict dans ces conditions, d'autant plus que les actes qu'il a matérialisés le plus souvent sont des actes de pure tolérance présumée précaires en vertu de l'article 2232.

On aurait dû par conséquent maintenir la condition de continuité dans la destination du propriétaire (et plus généralement).

⁷¹ Le mot «français» dans le titre, disparaîtra dans la 4ème édition du célèbre ouvrage. ... (la précédente édition portant sur le droit « belge »).

⁷² Cfr. t. VIII, n° 182, p. 212, *in fine*. Nous soulignons.

Il aurait sans doute convenu de préciser que les deux fonds « (...) *ont appartenu à un propriétaire avant la division* », mais tel n'a pas été le cas.

On voit également que n'est plus repris l'article 694 qui s'appliquait à une situation plus précise, à savoir le cas où deux fonds entre lesquels existait un lien apparent de servitudes, pouvaient être réunis, pour être ensuite divisés à nouveau, de sorte que la servitude réapparaissait *in fine*.

Cet article est supprimé.

B. Droit et obligations des parties

90. Nous nous bornerons ici, au stade actuel, à une citation ou paraphrase des articles, avec quelques commentaires parfois et en insistant sur les éléments plus importants.

1) Article 3.120. Usage et étendue

91. Sous un titre de section visant les droits et obligations « *des parties* » (notion qui pourrait être remplacée par « *titulaires de servitude* » - et qui est apparue d'ailleurs aussi dans d'autres articles (mais n'étant pas tout à fait concordante avec la notion de droit « *réel* » et étant trop marquée par une terminologie contractuelle), se trouve cet article 3.120.

Il prévoit que : « *L'usage et l'étendue d'une servitude du fait de l'homme se règlent en se référant à la volonté des parties telle qu'exprimée au titre qui la constitue ou la reconnaît, à l'exercice de fait de la servitude ou à la situation des lieux constitutive du lien de servitude* ».

92. Il se peut que cet article suscite des problèmes d'application en cas de conflit entre l'un ou l'autre élément permettant d'apprécier l'usage ou l'étendue de la servitude. Il conviendrait que le régime soit mieux structuré à cet égard. D'autre part, peut-on mettre sur le même pied, un acte qui crée une servitude, donc le plus souvent une convention, et un acte « *reconnitif de la servitude* », à savoir un acte unilatéral semble-t-il ? Et que se passera-t-il en cas de conflit ou de contradiction entre de tels actes ?

2) Article 3.121. Entretien et usage

93. Cet article énonce les règles suivantes.

Au premier alinéa, il est prévu que : « *Le titulaire de la servitude peut faire tous les travaux et ouvrages nécessaires pour exercer la servitude et la conserver* ».

La règle paraît à première vue pouvoir être retenue mais elle semble à nouveau trop axée sur les droits du titulaire de la servitude et pourrait entrer en conflit avec les droits du propriétaire sous-jacent, ou ceux du propriétaire du fonds servant. On aurait pu rééquilibrer l'article en prévoyant « *dans le respect des droits du propriétaire du fonds servant* ».

94. L'alinéa 2 dispose que : « *Ces travaux et ouvrages sont faits par lui et à ses frais, sauf lorsqu'ils ont été rendus nécessaires par la faute du titulaire du fonds servant* ».

La notion de « *titulaires du fonds servant* » est quelque peu imprécise ; « *propriétaire du fonds servant ou titulaire de droits d'usage s'exerçant sur ce fonds* », aurait été meilleur.

95. L'alinéa 3 prévoit que : « *Si les travaux et ouvrages sont utiles tant pour le fonds servant que pour le fonds dominant, les frais sont partagés en proportion de l'utilité respective pour chaque fonds* ».

Ici, si la règle paraît séduisante à première vue, elle risque d'engendrer de quelques litiges, n'étant pas de surcroît facile à appliquer quant au critère qu'elle retient (à savoir, une proportion en fonction de l'utilité respective des travaux ou ouvrages pour chaque fonds).

3) Article 3.122. « Déguerpissement »

96. Cet article constitue une réécriture de l'article 699 du Code civil, mais d'une manière suscitant quelques critiques et étant improprement dénommée par recours à la notion de « *déguerpissement* », qui est par ailleurs proche d'être péjorative.

97. Le texte de l'article **3.122.** est le suivant :

« Lorsque le propriétaire du fonds servant est tenu par l'acte juridique de faire à ses frais les travaux et ouvrages nécessaires à l'exercice et à la conservation de la servitude, il peut abandonner au propriétaire du fonds dominant soit la totalité du fonds servant, soit la partie du fonds servant nécessaire à l'exercice de la servitude, auquel cas la servitude s'éteint par confusion. Ce déguerpissement exige le consentement du propriétaire du fonds dominant. Si le propriétaire du fonds dominant refuse, le propriétaire du fonds servant conserve sa propriété mais la servitude s'éteint.

Dans les deux cas, le propriétaire du fonds servant est libéré de toute obligation existante ou future, nonobstant l'article 3.17.2, et le propriétaire du fonds dominant est libéré de toute obligation future ».

On rappellera le texte de l'ancien **article 699** : « *Dans le même cas où le propriétaire du fonds assujéti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge en abandonnant le fonds assujéti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due* ».

98. L'article 3.137. nouveau dans son mécanisme qui est plus vaste et complexe que l'article 699, appelle les observations suivantes :

- Le terme de « *déguerpissement* » - en néerlandais « *afstand* », qui signifie littéralement « *renonciation* », et qui est difficile à traduire donc, n'est pas du tout adéquat et aurait dû être remplacé par « *faculté d'abandon* » ; dans le corps du texte il est question d'ailleurs d'« *abandon* », mécanisme qui, au demeurant, est connu de longue date en droit des biens (cfr. art. 699 précisément et aussi l'article 656 du Code civil en matière de mitoyenneté);
- Le nouveau mécanisme est trop complexe ;
- Le véritable abandon est, depuis toujours, est unilatéral : c'est un acte de renonciation et il ne requiert pas en principe l'accord de l'autre propriétaire⁷³ ; il est vrai

⁷³ Cfr. à ce sujet, la célèbre étude de P. Van Ommeslaghe, « *Rechtsverwerking en afstand van recht* », T.P.R., 1980, p. 735 et s., n° 6 et s., mais il est vrai qu'un abandon ne peut nuire à des tiers et requiert leur accord (ce qui n'est pas le cas ici du propriétaire du fonds

toutefois que si le propriétaire du fonds dominant refuse l'abandon, la servitude s'éteint ; cet article paraît radical et laisser peu ou pas de place à l'abus de droit, prévoyant la sanction en cas de refus : l'extinction pure et simple de la servitude ;

- il eut été préférable de rédiger la fin de l'alinéa 1 comme suit : « *Cet abandon requiert le consentement du propriétaire du fonds dominant* » ;
- cette disposition pose toutefois la question de la nature du mécanisme concerné ; ne devient-il pas contractuel eu égard à l'exigence de ce consentement - non requis dans le cadre actuel article 699 et pour la faculté d'abandon du Code civil actuel - ?;
- si le nouveau mécanisme présente une certaine cohérence, on peut se demander si le fait de prévoir que la disposition s'applique « *nonobstant l'article 3.17. § 2* », est réellement pertinent dès lors que cet article s'applique à une renonciation, alors que le mécanisme ainsi organisé prévoit un accord nécessaire du propriétaire du fonds dominant ;
- le mécanisme prévu à la fin de l'article ne manque pas de complexité et l'on peut se demander s'il est normal que le propriétaire du fonds servant puisse ainsi être libéré de son obligation existante dans le cas prévu à la fin de la disposition.

4) 3.123. Division des immeubles

99. Cet article prévoit un régime applicable en cas de division du fonds dominant, le principe de base étant que « (...) *la servitude reste due selon les mêmes modalités au profit de chaque partie sans que la condition du fonds servant de s'être sensiblement aggravée* ».

L'alinéa suivant porte sur la situation de division du fonds servant.

Le dernier alinéa prévoit une compétence du juge mais de quel juge s'agit-il ?

5) Article 3.124. Condition du fonds servant

100. Cet article prévoit que le titulaire du fonds servant « (...) *ne peut rien faire qui diminue l'exercice de la servitude ou le rendre moins commode* ».

Il s'agit d'une réécriture simplifiée de l'article 701 actuel, dont le texte est clair et connaissait une application aisée dans la jurisprudence.

On constatera que le critère de la commodité est modifié et inversé. En effet, l'article 701 prévoit que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou « *à leur rendre plus incommode* » (mis en évidence).

101. Il apparaît que cette nouvelle formulation est plus stricte et donc plus précise, et moins source de litiges que la nouvelle formulation qui oblige le même propriétaire à ne pas rendre la servitude « *moins commode* ». Il y a fort à parier que des discussions nombreuses pourraient apparaître sur la question de savoir si la servitude a été rendue moins commode, plus souvent que dans le cadre du texte actuel, suivant lequel le mécanisme se déclenche si elle a été rendue « plus incommode ». Ce changement de formulation sera source de litiges. Il conviendrait de revenir au texte actuel de l'article 701.

102. L'alinéa 2 de l'article prévoit qu' : « *Il ne peut changer l'état des lieux, ni déplacer l'exercice de la servitude, sauf s'il a un intérêt objectif ; en cas de déplacement, il doit offrir, à ses frais, sur son immeuble, au propriétaire du fonds dominant en endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits* ».

dominant selon nous).

103. A nouveau cet alinéa apparemment séduisant frappe par certaines imprécisions et engendrera des litiges. Obliger le propriétaire du fonds servant, « à ne pas changer l'état des lieux », est assez vague. Lui interdire de déplacer « l'exercice de la servitude », est imprécis : « déplacer l'assiette permettant l'exercice de la servitude » serait meilleur. Et quant à la formule « sauf s'il y a un intérêt objectif », elle n'est pas des plus précises non plus. Ce n'est pas « sur son immeuble » qu'il sera par ailleurs possible, en cas de déplacement, d'offrir un endroit « aussi commode », mais « sur le fonds servant », cette formulation étant plus adéquate donc. En outre et à nouveau, ce qui doit être fait porte sur un endroit « aussi commode » ; n'aurait-il pas été plus judicieux en pratique de prévoir « n'étant pas plus incommode », ce qui aurait été moins sujet à discussion ?

Le mécanisme de déplacement visé ne prévoit ici aucune intervention judiciaire (ni procédure d'information ou procédure amiable préalable : attention donc aux faits unilatéraux du propriétaire du fonds servant). N'aurait-il pas été nécessaire de le prévoir car il s'agira sans doute immanquablement d'une question sensible, résultant d'une innovation du Livre 3 par rapport au texte actuel de l'article 701, et sur la nécessité de laquelle on peut s'interroger ?

6) Article 3.125. Condition du fonds dominant

104. Cet article s'applique cette fois à la condition du fonds dominant.

Il prévoit que : « *Le titulaire du fonds dominant peut apporter dans l'exercice de la servitude des changements tenant compte des évolutions techniques et sociétales de la constitution de la servitude, sous réserve du respect de la volonté des parties et de la finalité de la servitude* ».

105. A nouveau, il s'agit d'une complète réécriture de l'article 702 du Code civil cette fois, lequel été finalement appliqué avec constance et précision par la jurisprudence, qui prévoit que : « *De son côté, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire ni dans le fonds doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier* ».

La nouvelle version de l'article 702 déplace encore une fois le centre d'équilibre de la servitude et la logique relative à la condition du fonds dominant, en dotant le titulaire de droits sur ce fonds, d'une forme de droit subjectif (?) lui permettant, dans l'exercice de sa servitude, d'apporter des changements à la servitude.

Il s'agit une fois de plus d'un changement notoire du système applicable, allant vers une large extension des droits du titulaire de la servitude ou du droit d'usage, pesant et s'imposant au propriétaire actuel du fonds servant (le système antérieur était basé sur une obligation de ne pas faire dans le chef de ce dernier).

On aurait pu simplifier l'article en 2 paragraphes.

Le premier maintiendrait le principe du respect nécessaire de la condition du fonds servant (d'autant plus que toute restriction apportée à la propriété immobilière est d'interprétation et d'application stricte, voire restrictive, et certainement pas extensive).

Le second prévoirait, par exception, le mécanisme permettant d'apporter certaines modifications, mais en stipulant celles-ci également de façon plus précise : tenir compte des évolutions techniques peut se comprendre, mais la prise en considération l'évolutions « sociétales » paraît beaucoup trop imprécis et n'est d'ailleurs nullement explicitée par l'article.

L'article aurait été alors peut-être meilleur, car plus équilibré dans ses possibles effets risquant de porter atteinte à la propriété immobilière.

C. Modes spécifiques d'extinction

1) Article 3.126. Prescription extinctive

106. Cet article prévoit – de façon à nouveau simplifiée puisqu'a disparu la distinction entre servitudes continues et discontinues (cfr. *supra*, régime des articles 707 et

708) -, l'application de la **prescription extinctive** : elle opère « ***totalemment ou partiellement, par le non-usage, étant précisé que celui-ci intervient s'il résulte du fait de l'homme, d'un obstacle matériel ou d'un cas de force majeure*** » (mis en évidence et souligné).

107. Il est précisé que : « *L'extinction, dont la charge de la preuve repose sur le propriétaire du fonds servant, se produit seulement dans la mesure de ce non-usage* »

Une fausse bonne idée de plus peut-être ..., car on imagine les discussions (et litiges) que ce mécanisme risque d'engendrer.

108. Le dernier alinéa de l'article prévoit que le **délai de 30 ans** - car il s'agit du délai applicable - commence à courir « ***à compter du non-usage*** ».

109. Est-ce pertinent compte tenu du fait que la catégorie des servitudes qui demeure retenue, est seulement celle des servitudes apparentes, or l'on sait que concernant le point de départ de la prescription extinctive, l'article 707 actuel prévoit que : « *Les 30 ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, où du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, où du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude lorsqu'il s'agit de servitudes continues* ». Le nouvel article 3.126. retient donc le même point de départ de la prescription extinctive - le non-usage, plus précisément le moment où l'on a cessé de jouir de la servitude donc - que pour les servitudes discontinues, dont il supprime par ailleurs la catégorie ...

Comment les auteurs du nouveau système s'en expliquent-ils ? Comme suit : « *La matière du non-usage est largement simplifiée eu égard à la disparition de la distinction continue / discontinue. En effet, la terminologie des articles 703 et 704 est critiquée par la doctrine, qui estime que le seul intérêt de ces dispositions est d'assimiler le cas d'impossibilité fortuite d'usage de la servitude aux autres cas de non-usage, en soumettant indistinctement toutes ces hypothèses au principe de la prescription extinctive trentenaire (voy. J. Hansenne, Les biens (...) t. II, n° 1133). Le régime du non-usage serait en conséquence unifié qu'il s'agisse de la volonté, un obstacle, d'un cas fortuit. La possibilité d'une extinction partielle inscrite dans le Code civil à l'article 708, est maintenue, la servitude s'éteignant dans la mesure du non-usage pendant 30 ans. Il n'est plus question dans le texte proposé de faire une distinction entre non-usage total ou partiel quant au type de servitudes dont il s'agit, puisque la distinction continu / discontinu a disparu, ni quant à l'exigence de la présence ou non d'un obstacle matériel, comme invitait à le faire l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 janvier 2006 (J.T., 2007, p. 91).*

Le point de départ du délai est aussi unifié vu la disparition de la classification continu-discontinu et fixé dans tous les cas à compter du non-usage » (cfr. p. 223).

Certes, mais cette dernière notion s'expliquait par le concept de servitude discontinue impliquant le fait de l'homme (cfr. art. 707 ancien).

Ceci montre que la suppression de la catégorie des servitudes continues et discontinues, crée des difficultés de cohérence dans le nouveau régime.

D'autre part, déterminer le début d'un « non-usage », est-ce si facile ? Prouver un acte contraire à la servitude, comme en matière de servitude continue (cfr. art. 707), n'est-ce pas plus facile ?

Enfin, les travaux préparatoires ajoutent que « (...) les difficultés de preuve, et même plus précisément de charge de la preuve, avec des dispositions parfois difficilement justifiables (...) Voy. égal. Cass., 5 avril 1990, Pas., 1991, I, p. 916), sont résolues **en imposant la charge de la preuve au titulaire du fonds servant, qu'il s'agisse d'extinction partielle ou totale, de servitudes anciennement dites discontinues ou continues** ». Et cette preuve portera donc sur le début du non-usage.

2) Article 3.127. Confusion

110. Cette disposition prévoit l'extinction de la servitude lorsque le fonds servant et le fonds dominant sont réunis dans la même, « ***sans préjudice de l'article 3.119. si le fonds est à nouveau séparé*** ».

3) Article 3.128. Perte d'utilité

111. On connaît le texte actuel de l'article 710*bis* à cet égard prévoyant une extinction possible la servitude en cas de perte « *de toute utilité* », ce qui est restrictif (cfr. aussi *infra*).

Le nouveau texte est le suivant : « *A la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude lorsque celle-ci a perdu toute utilité, même future, pour le fonds dominant* ».

On peut comprendre la règle par rapport à une perte d'utilité actuelle, comme le prévoit l'article 710*bis*. Mais qu'en est-il d'une perte d'utilité « *même future* » ? Comment pourra-t-elle être appréciée raisonnablement ? La même question se posera en matière d'emphytéose qui prévoira une règle similaire et visera aussi la perte d'utilité « *potentielle* », ce qui est encore plus vague (et *idem* en matière de superficie).

112. Un alinéa 2 ajoutait, dans une version antérieure du texte, qu' : « *Il peut aussi, à la demande du propriétaire d'un des immeubles, ordonner la modification ou suppression d'une servitude à la suite d'un changement imprévisible de circonstances visé à l'article 5.77.* ».

Cette disposition qui était totalement nouvelle a semble-t-il été abandonnée en tant que principe général.

Il se serait agi d'une application inédite de l'imprévision dans la matière des droits réels. La règle a donc disparu.

Sous-section 3. Les servitudes légales

113. **Rmq préliminaire.** Nous examinons brièvement et synthétiquement pour certains, plus longuement pour d'autres, les principaux régimes de servitudes légales au sens large du terme, en ce compris les servitudes naturelles, en distinguant l'ancien du nouveau Code (livre 3).

Sous-section 3.1. Les servitudes légales sous l'ancien Code

Par. 1. De quelques servitudes légales naturelles particulières

114. Les régimes suivants peuvent être signalés, dans l'ordre du Code ou issus d'autres législations plus spécifiques:

1) *l'écoulement des eaux de pluie, des sources et des eaux pluviales* fait l'objet des articles 640 à 642 qui érigent des servitudes en ce qu'ils sont à l'origine de différents régimes instituant des rapports de fonds à fonds. L'un des plus typiques est celui résultant de l'article 640 : "Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont les plus élevés, à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué. Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement. Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui augmente la servitude du fonds inférieur"⁷⁴;

2) *le droit des propriétaires d'un hameau à l'eau de source qui leur parvient et qui leur est nécessaire*, moyennant indemnisation du propriétaire de la source, en vertu de l'article 643 du Code civil;

3) *les irrigations et les assèchements* : la servitude d'aqueduc confère à tout propriétaire qui voudra se servir, pour l'irrigation de sa propriété, des eaux naturelles ou artificielles dont il a le droit de disposer, le *droit d'obtenir le passage de ces eaux* sur les fonds intermédiaires, à charge d'une juste et adéquate indemnité au profit des propriétaires qui ont à souffrir de la servitude, comme prévu par l'article 15 du Code rural (voir aussi les articles 17, 19 et 20, pour des mécanismes similaires en cas de fonds asséché, ou organisant une servitude d'appui d'ouvrages d'art nécessaires à des prises d'eau);

4) *en rapport avec les cours d'eau, suivant qu'ils sont navigables et flottables, ou ne le sont pas* :

- les rivières déclarées navigables par l'administration relèvent en principe du domaine public, et les concessions de prise d'eau octroyées par l'administration sont donc essentiellement révocables. Un arrêté royal du 15 octobre 1935 a toutefois réitéré l'expression de l'existence de deux servitudes plus anciennes encore, découlant d'une ordonnance du 13 août 1669 et d'un décret du 22 janvier 1808, à savoir une servitude de halage et une servitude de marchepied (à leur sujet, cfr. M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 381 et 382);

- pour les cours d'eau qui ne sont ni navigables ni flottables, s'applique l'article 644, alinéa 1^{er}, du Code prévoyant l'existence d'une servitude en ces termes : "Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre "De la distinction des biens", peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés"⁷⁵; il convient également de se référer à l'article 650 du Code civil.

5) *en rapport avec les plantations*, d'importantes servitudes existent, réglées par le **Code rural**; il y est renvoyé.

⁷⁴Cette disposition connaît des applications non négligeables en pratique.

⁷⁵Cet article requiert donc la réunion de quatre conditions : il faut 1) une eau courante, à l'exclusion des étangs, des mares, des puits, etc ...; 2) une eau non navigable et non flottable; 3) une eau naturelle - qui ne soit pas un canal par exemple -; et 4) une eau bordant une propriété privée (cfr. M. Hanotiau, *ibidem*, et autres précisions). Si le cours d'eau traverse une propriété, le propriétaire de cette dernière peut en user librement en vertu de l'article 644, alinéa 2, toutefois "à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire".

Par. 2. Autres servitudes légales organisées par le Code civil

115. Après les servitudes se trouvant sous un chapitre intitulé “*Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux*”, le Code traite des autres servitudes dites “*établies par la loi*” sous un chapitre II.

Quatre articles introduisent la matière :

1) l'article 649 du Code civil définit la notion de servitude légale : “Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers”;

2) l'article 650 aborde les servitudes établies pour l'utilité publique ou communale;

3) l'article 651 vise les servitudes établies pour l'utilité des particuliers en ces termes : “La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'une à l'égard des autres indépendamment de toute convention”. Le contenu de cet article montre que les obligations que le Code civil énonce par après, dans le cadre de rapports entre fonds voisins, et pesant indirectement sur les propriétaires de ces fonds⁷⁶, comme c'est le cas des obligations en matière de mitoyenneté ou de distances à respecter en matière de vues et de jours, sont bien constitutives de servitudes;

4) et l'article 652 précise que : “Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale⁷⁷”.

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyen, au cas où il a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage”.

Nous avons déjà étudié le régime de la mitoyenneté⁷⁸ en le considérant dans le cadre de la copropriété (cfr. n° 174 et s.), tout en ayant déjà mis en évidence les aspects de ce régime relevant des servitudes (cfr. spéc. n° 174).

Nous examinons ci-après deux régimes de servitudes se trouvant dans le Code, importants en pratique : 1) celui des vues et des jours et des distances à respecter en la matière - et des servitudes de vue -, et 2) celui à l'origine de la servitude de passage au profit des fonds enclavés.

⁷⁶L'article 651, qui vise des personnes, ne doit donc pas être pris à la lettre, dès lors qu'on se souvient des articles 637 et 686 insistant sur la relation réelle principale.

⁷⁷Comme c'est le cas du Code rural (cfr. ci-dessus).

⁷⁸Cfr. art. 653 à 673.

Par. 3. Les vues et les jours, et les servitudes de vue et de jour

I. Définition et conditions d'existence : examen du régime légal des vues et des jours dans le Code civil

A. Présentation générale du système de l'ancien Code civil

116. Le Code civil traite de la matière des vues sur la propriété des voisins sous une section 3 du chapitre relatif aux servitudes légales, donnant lieu aux articles 675 à 680*bis*.

Il est utile de définir préalablement les notions légales de vue et de jours, puis de distinguer les trois situations de base prises en considération par le Code pour ce qui concerne les règles de distance à respecter pour établir des vues et des jours entre voisins.

B. Notions légales de vue et de jour

117. La notion de vue doit être distinguée soigneusement de celle du jour :

1) la **vue** est une fenêtre ou tout autre dispositif⁷⁹, qui s'ouvre et laisse passer l'air et la lumière; cette notion en implique une seconde : le *droit de vue*, qui est le droit de voir au travers d'une fenêtre ouvrante, ou de tout autre dispositif ouvrant et laissant passer l'air et la lumière; ce droit se décompose donc lui-même en deux éléments : 1) la prise d'air et de lumière; 2) et le droit de voir au travers du dispositif en question ou la vue proprement dite, qui ne doit pas être confondue avec la servitude de vue que nous définirons plus loin;

2) le **jour** quant à lui ne laisse passer que la lumière et ne s'ouvre pas de sorte qu'il ne laisse pas passer l'air; il s'agit d'une fenêtre non ouvrante ou de tout autre dispositif non ouvrant laissant passer la lumière, qui a donc davantage vocation à éclairer un bien qu'à permettre de voir au départ du bien en question; le jour n'implique donc pas en principe le droit de voir sur le fonds voisin, ou la vue proprement dite, et l'on verra plus loin quels types de jours sont admis par le Code civil, à certaines distances minimales des fonds voisins, que la loi énonce.

C. Situations de base et caractère supplétif des régimes

118. Le Code civil distingue **trois situations de base** qui peuvent se présenter et qui posent des questions de vues et de jours à établir dans les murs concernés. L'idée générale à la base du régime est qu'il faut respecter la tranquillité et l'intimité d'autrui. L'on ne peut dès lors construire n'importe où et n'importe comment, en se permettant de voir sur le fonds d'autrui à brève distance. Les règles du Code civil établissent des règles de distance minimale ou d'interdiction (comme c'est le cas du mur mitoyen dans lequel l'on ne peut pas établir de vue ou de jour), qui sont des servitudes réciproques entre fonds voisins.

Le régime du Code est basé sur une distinction tripartite entre la situation du mur à distance, celle du mur jointif et celle du mur mitoyen. Il s'agit d'une gradation : le Code est de plus en plus strict en passant de l'un à l'autre, ce qui correspond d'ailleurs, dans une certaine mesure, à la nature des choses et aux exigences de la pratique. Certaines décisions de

⁷⁹Tels qu'un balcon, une terrasse, etc ...

jurisprudence apportent des précisions au sujet de la compréhension de ces situations.

119. Observons que ces régimes ne sont **pas d'ordre public**. Ils sont **supplétifs** et il peut y être dérogé par des conventions entre voisins.

A défaut de convention dérogatoire, ils s'appliquent toutefois de façon rigoureuse. Un voisin confronté à une situation de vue construite à une distance illégale a le droit d'en demander la suppression, sauf abus de droit de sa part ou prescription extinctive de la servitude en question (cfr. *infra*).

Une servitude de vue peut par ailleurs porter sur un bien du domaine public, si elle n'est pas contraire au caractère de domaine public du bien, donc à la finalité de service public de ce dernier, ainsi que la Cour de cassation l'a décidé par un arrêt du 6 décembre 1957 (Pas., 1958, I, p. 366)⁸⁰.

Revenons aux **trois situations de base** du Code civil. Il n'en restera qu'une dans le livre 3 (cfr. *infra*, n° 163).

1. La situation du mur à distance (art. 678 et 679 du Code civil)

120. Cette situation est régie par les articles 678 et 679 du Code civil :

- article 678 : “*On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou autres semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres (...) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage*”;

- art. 679 : “*On ne peut avoir de vue par côté ou obliques sur le même héritage, s'il n'y a 6 décimètres (...) de distance*”.

121. Ces règles sont claires par elles-mêmes. Il en découle que l'on peut pratiquer dans un mur des vues - fenêtres, ou tout autre dispositif, laissant passer l'air et la lumière - mais à une certaine distance minimale de la limite séparative du fonds voisin, à savoir :

- 1 mètre 90' pour les *vues droites*, c'est-à-dire les vues en angle droit par rapport à la ligne de la limite;

- et 60 centimètres pour les *vues obliques*, c'est-à-dire les vues en angle ou de biais, pour lesquelles la perpendiculaire tirée du point le plus proche de la ligne séparative, depuis le début de la fenêtre vers cette ligne séparative, doit donc mesurer 60 centimètres au moins.

Ces règles sont à l'origine de charges réelles portant sur les fonds de façon réciproque.

2. La situation du mur jointif (art. 676 et 677 du Code civil)

122. Cette situation fait l'objet des articles 676 et 677 du Code civil :

- article 676 : “*Le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement*

⁸⁰La Cour a plus précisément relevé que le juge du fond avait légalement constaté que “(...) l'établissement et le maintien de la servitude de vue sur le bien appartenant au domaine public n'a pas été incompatible avec la destination publique de ce domaine et n'a point permis à des particuliers d'acquérir sur lui un droit privé ayant pu faire obstacle à l'usage public, ni porter atteinte au droit de l'administration de régler ou de modifier cet usage d'après les besoins et la généralité des citoyens”.

l'héritage d'autrui, peut pratiquer dans ce mur des jours ou fenêtres à fer maillé et verre dormant.

Ces fenêtres doivent être garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront 1 décimètre (...) d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant”;

- article 677 : *“Ces fenêtres ou jours ne peuvent être établies qu'à 26 décimètres (...) au-dessus du plancher ou sol de la chambre qu'on veut éclairer, si c'est à rez-de-chaussée, et à 19 décimètres (...) au-dessus du plancher pour les étages supérieurs”.*

123. Il découle de ces dispositions un régime technique qui doit être respecté à défaut de volonté contraire des parties. Il s'impose dans la situation du mur qui joint la limite séparative des fonds, sans être à cheval sur celle-ci et sans être mitoyen. Seuls des jours, fenêtres non ouvrantes, laissant uniquement passer la lumière, y sont permises, et encore à une certaine hauteur précisée par l'article 677 - 2, 6 mètres au rez-de-chaussée et 1, 9 mètre aux étages -, et présentant certaines caractéristiques techniques détaillées par l'article 676⁸¹.

La jurisprudence a précisé le texte des articles 676 et 677 quelque peu suranné en l'adaptant aux possibilités nouvelles de la technique. Ainsi a-t-il été admis que des blocs de verre translucide, dits blocs “Angus”, puissent faire office de “fenêtres en fer maillé et verre dormant”, à partir du moment où ils n'étaient “(...) pas transparents et (...) forment une cloison solide” (cfr. Civ. Tongres, 26 novembre 1964, J.L., 1964-65, p. 117; à ce sujet cfr. J. Hansenne, Examen de jurisprudence cité, R.C.J.B., 1984, p. 161⁸²; toutes références par M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 385).

Il découle implicitement de ce régime que les vues ne sont pas permises dans un mur jointif.

Une autre question se pose : si l'on ne peut avoir des vues droites ou obliques donnant sur le fonds d'autrui, à des distances moindres que celles requises par le Code civil, peut-on établir des jours à de telles distances ? Et si une réponse positive s'impose, doit-on appliquer le régime des articles 676 et 677 à de tels jours ? La Cour de cassation a répondu positivement à ces questions par un arrêt du 15 mai 1959.

Arrêt de la Cour de cassation du 15 mai 1959 (Pas., 1959, I, p. 941)

Il s'agissait dans cette affaire de jours pratiqués dans un mur non jointif situé à 40 cm de distance de la limite séparative du fonds d'autrui. Le propriétaire du fonds voisin demanda que les jours litigieux soient bouchés, ce qui fut admis par le juge du fonds au motif que de tels jours devaient respecter le régime des articles 676 et 677. La partie condamnée à obstruer les jours critiqués se pourvut en cassation en invoquant, essentiellement, la violation des articles 676 et 677 qui, à les prendre à la lettre, ne s'appliquaient qu'à la situation du mur jointif.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation rejeté le pourvoi en faisant une interprétation téléologique des articles 676 à 679, dont l'articulation fut la suivante :

- (...) si l'article 676 du Code civil autorise le propriétaire d'un mur non mitoyen, joignant immédiatement l'héritage d'autrui, à pratiquer des jours dans ce mur, il subordonne cette autorisation aux conditions précisées dans son second alinéa et dans l'article 677; (...) **ces conditions ont pour objet, notamment, d'empêcher que le jour puisse servir de vue sur l'héritage voisin**” (mis en évidence);

- “Que, dès lors, en interdisant, par les articles 678 et 679, d'avoir des vues sur l'héritage du voisin à une distance inférieure, suivant le cas, à 6 ou à 19 décimètres de la ligne de séparation des héritages, le législateur a entendu que les jours, pratiqués à une distance à laquelle les vues sont interdites, réunissent les conditions énoncées par les articles 676 et 677 du Code civil”.

⁸¹C'est-à-dire “à fer maillé et verre dormant”, ce qui signifie que les fenêtres en question doivent être “garnies d'un treillis de fer, dont les mailles auront un décimètre d'ouverture au plus, et d'un châssis à verre dormant”. “Verre dormant” signifie que le châssis doit être fixe. La hauteur des jours rend très difficile la vue sur le fonds d'autrui et l'on verra que le verre utilisé ne peut pas en principe être transparent.

⁸²Le professeur J. Hansenne était à juste titre restrictif dans la définition du type de matériau qui respecterait l'esprit du Code civil. Il ne retient que “la brique ou la dalle de verre faisant corps avec la maçonnerie constituant le reste du mur”, et à condition que “la paroi de verre ainsi établie soit telle qu'au travers de celle-ci il ne soit pas possible de distinguer les objets placés au dehors” (*ibidem*).

La Cour en a déduit que le moyen de cassation manquait en droit.

3. La situation du mur mitoyen (art. 675 du Code civil)

124. La situation du mur mitoyen est régie par l'article 675.

Son texte est formel : *“L'un des voisins ne peut, sans le consentement de l'autre, pratiquer dans le mur mitoyen aucune fenêtre ou ouverture, en quelque manière que ce soit, même à verre dormant”*.

125. Tous types de vues et de jours sont donc prohibés dans un mur mitoyen, sauf accord contraire des parties et sans rentrer, au stade actuel, dans l'examen de la question de la prescription acquisitive d'une vue ou d'un jour ne respectant pas la règle de l'article 675⁸³.

126. La rigueur de la règle est justifiée par ce qu'est un mur mitoyen et par la finalité de celui-ci (assurer la tranquillité et la sécurité entre les fonds, et être l'appui éventuel de constructions de part et d'autre). Sa limite réside dans l'accord éventuel des voisins d'y déroger.

II. Synthèse des notions issues du régime légal; définition des notions de servitudes de vue et premières distinctions ayant une influence sur la question de la prescription extinctive ou acquisitive

127. Développons un raisonnement progressif qui nous amènera à considérer la question de la prescription en matière de servitude de vue et de jour.

Nous vérifierons plus loin les stades de ce raisonnement en analysant la jurisprudence à la fin du chapitre des servitudes et lorsque nous aurons étudié aussi les règles concernant la prescription et les servitudes.

A. Premier stade : définition des servitudes légales de vue et de jour, autrement dénommées jours et vues de servitude

128. Les règles que nous venons d'examiner - art. 675 à 679 - sont à l'origine de rapports de fonds à fonds, et partant de servitudes régies par la loi, d'où les définitions suivantes :

1) la **servitude légale de vue** est la servitude qui découle de l'ensemble des règles de distance et autres que le voisin doit observer sur son fonds lorsqu'il veut pratiquer une vue - fenêtre ouvrante ou tout autre dispositif permettant de voir sur le fonds voisin -, dans un mur jointif ou non;

2) la **servitude légale de jour** est la servitude qui découle de l'ensemble des règles de distance et autres que le voisin doit observer sur son fonds lorsqu'il veut pratiquer un jour - fenêtre non ouvrante ou tout autre dispositif ne permettant pas toujours de voir sur le fonds voisin, en fonction de la distance du mur -, dans un mur jointif ou non.

⁸³Ni examiner le rapport avec l'article 661 du Code civil. Par un arrêt du 21 décembre 1939, la Cour de cassation décidera en effet que le droit de demander la vente forcée de la mitoyenneté est *“imprescriptible”* et peut toujours être exercé à l'égard d'un mur dans lequel a été percé une vue illégale trentenaire (cfr. *Pas.*, 1939, I, p. 531, voy. *infra*).

Le rapport de fonds à fonds est tel que le fonds sur lequel existe le mur où est percée la vue ou la fenêtre à distance légale, est le fonds servant, car le régime légal applicable et contraignant doit y être respecté, le fonds voisin étant le fonds dominant.

Le fonds “*bénéficiaire*” de la vue ou du jour - mais dans les limites légales - est donc le fonds servant en ce qu’il supporte une charge - régime légal de construction - au profit du fonds voisin, fonds dominant, et réciproquement le plus souvent lorsqu’il existe des vues et/ou des jours de part et d’autre.

H. De Page dénomme les servitudes légales de jour et de vue, “*jours et vues de servitude*”, pour ne pas les confondre avec les servitudes de vue au sens strict (cfr. Traité élémentaire de droit civil, *op. cit.*, T. VI, n° 577 et 579)

B. Deuxième stade : rappel du caractère continu et apparent des servitudes légales de vue et de jour, ou jours et vues de servitude

129. Les servitudes légales de vue et de jour sont **apparentes et continues** : apparentes parce qu’elles sont concrétisées par des ouvrages extérieurs; continues parce qu’elles ne requièrent pas le fait actuel de l’homme pour être exercées.

C. Troisième stade : les servitudes de vue ou de jour et le fait de l’homme

130. Les dispositions en matière de vues et jours de servitudes sont, comme on l’a vu, supplétives de la volonté des parties. Il est certain qu’elles **ne sont pas d’ordre public**. On peut donc y déroger.

131. **Trois faits de l’homme** sont dès lors susceptibles de s’appliquer aux servitudes légales de vue et de jour, c’est-à-dire, en pratique, de permettre l’acquisition d’une servitude de vue ou de jour du fait de l’homme, établie à une distance moindre que ce qui est prévu pour les servitude légales :

1) le **titre *sensu stricto***, à savoir la convention - cfr. art. 686 du Code civil -, permettant aux voisins d’établir une vue ou un jour à une distance et suivant des modalités autres que celles prévues par la loi - et même, par exemple, dans un mur mitoyen, mais les conventions à cet égard ne sont pas fréquentes -;

2) la **prescription acquisitive**, qui, pour pouvoir opérer, ne peut porter que sur une servitude apparente **et** continue (cfr. art. 690 et 691 du Code civil);

3) et la **destination du père de famille**, qui, de même, ne peut porter que sur une servitude apparente **et** continue (cfr. art. 692 et 693 du Code civil).

132. Le cas le plus fréquent qui se présente en pratique est celui d’une vue ou d’un jour construit par un voisin à une distance illégale, moindre que la distance légale, ou suivant des modalités techniques qui ne respectent pas celles prévues par la loi, et lui permettant d’avoir une vue sur le fonds voisin.

De deux choses l’une :

1) soit, la situation litigieuse a duré moins de trente ans, et le voisin préjudicié

peut rappeler l'autre à l'ordre, en exerçant contre lui une action sur le fondement de la servitude légale dont il bénéficie, mais sous la réserve de l'abus de droit;

2) soit, la situation a duré trente ans et plus, et le voisin à l'origine de la vue illégale pourra tenter de plaider qu'il a le droit de la conserver car il a acquis une servitude de jour ou de vue, du fait de l'homme, par prescription acquisitive. L'on dénomme ce type de servitude, **servitude d'aspect**, laquelle consiste dans le simple droit de conserver l'aspect de la servitude ou de la vue illégale existante, et d'exercer la vue, sans plus, sans notamment pouvoir imposer au voisin de ne pas construire sur son fonds, pour boucher le jour ou la vue litigieuse (situation qui impliquerait l'existence d'une servitude *sensu stricto*, dite de *prospect* (cfr. ci-après).

Dans le cas de la servitude d'aspect acquise par usucapion, l'économie générale de la servitude sera renversée par rapport à celle de la servitude légale, ou vue de servitude, examinée plus haut : ayant le droit de conserver sa vue illégale passé le délai de trente ans, son fonds aura acquis le statut de fonds dominant, tandis que le fonds voisin, devant dorénavant subir la servitude, sera le fonds servant.

Sera déterminante la question de savoir quel est le point de départ du délai de trente ans : est-ce le début de la construction de la vue litigieuse et donc de l'usurpation à cet égard, ou le moment où le voisin a cessé de tolérer la vue, par exemple en construisant sur son propre fonds ?

D. Quatrième stade : la prescription extinctive de la servitude légale de vue et de jour (vue ou jour de servitude)

133. Un raisonnement complémentaire ou alternatif à celui de la prescription acquisitive d'un droit de vue - servitude d'aspect -, consistera à soutenir qu'au bout de trente ans, la servitude légale pesant sur le fonds où n'aura pas été respectée la règle de distance légale, se sera éteinte par prescription extinctive, de sorte que le voisin ne pourra plus faire valoir le respect de cette servitude légale initiale. Le fonds sur lequel se trouve la vue litigieuse aura perdu son caractère de fonds servant, et le fonds voisin son caractère de fonds dominant.

En principe, le point de départ de cette prescription extinctive devra être le même que celui de la prescription acquisitive du droit de vue ou de jour (servitude d'aspect).

E. Cinquième stade : la servitude de vue *sensu stricto*, ou de "prospect", empêchant le voisin de construire sur son fonds; constat de principe d'absence d'acquisition par usucapion

134. Allons plus loin encore dans l'examen de la situation analysée : le propriétaire qui a acquis au bout de trente ans une servitude de vue du fait de l'homme, par usucapion, peut-il aller jusqu'à prétendre que son voisin ne peut pas construire sur son fonds, pour ne pas entraver la vue que le premier entend exercer sur tout ou partie de ce fonds ?

La réponse à cette question nous conduit à nous interroger sur ce que serait ce droit d'imposer au fonds voisin de ne pas construire sur son fonds, ou de ne pas y surélever les ouvrages existants qui seraient de nature à perturber ou entraver la vue; il s'agirait nécessairement d'une charge de non-construction et d'une charge de non-élévation des

ouvrages existants; traduites en latin, d'une charge et d'une servitude de "*non aedificandi*", et de "*non altius tollendi*".

Or ce type de servitude, s'il est continu car il ne requiert pas le fait actuel de l'homme pour être exercé, est en principe **non apparent**, car il n'est pas manifesté par un ouvrage extérieur, le voisin n'étant pas censé savoir qu'il ne peut pas construire sur son propre fonds pour entraver la vue illégale d'autrui.

En conclusion, au stade actuel, l'on voit que la servitude de vue au sens strict, aussi appelée servitude de prospect, distinguée du simple droit de vue ou de jour du fait l'homme - servitude d'aspect - ne peut être acquise par prescription acquisitive en raison de ses éléments de charge, éléments constitutifs essentiels, de *non aedificandi* et *non altius tollendi*, qui sont non apparents pour le voisin.

On voit aussi que nous pouvons poser cette forme d'équation juridique : **aspect + obligation de ne pas construire = prospect**. Vu l'intensité de cette dernière, la prescriptibilité de la servitude doit être sévèrement encadrée, grâce au raisonnement de droit commun que nous venons de faire et sur lequel nous reviendrons plus en détails.

F. Exception à l'impossibilité d'usucapion de la servitude de prospect : usucapion possible du fait de l'homme en cas d'empiètement sur le fonds d'autrui

135. De longue date, la jurisprudence et la doctrine⁸⁴ admettent une exception au principe que nous venons d'énoncer : il s'agit du cas où le propriétaire **empiète** par un ouvrage sur le fonds d'autrui, prolongeant en quelque sorte son jour ou sa vue⁸⁵ (fenêtre, balcon ou porte), et ce pendant plus de trente ans.

Dans ce cas, l'empiètement implique une usurpation à laquelle le voisin aurait dû réagir. Cet empiètement postule un comportement par lequel le premier propriétaire s'est comporté en fait - "*corpus*" - avec la volonté d'acquérir un jour ou une vue - "*animus*" - sur le fonds d'autrui, sans que le voisin ne puisse plus obstruer la vue au bout de 30 ans.

Les éléments de la situation confèrent une certaine apparence à la servitude, apparence aux éléments de "*non aedificandi*" et de "*non altius tollendi*", outre la continuité, éléments qui constituent la servitude, de sorte que l'usucapion peut alors opérer au bout de trente ans (la question du point de départ du délai sera à nouveau déterminante), et ce de façon exceptionnelle.

Est ainsi née une servitude de prospect ("*ius prospectus*") que H. De Page dénomme de façon imagée servitude de paysage⁸⁶ car le propriétaire du fonds dominant peut jouir en quelque sorte du paysage vers et sur le fonds d'autrui. Cette formule est sans doute trop extensive.

⁸⁴Cfr. à ce sujet, H. De Page, *Traité, op. cit.*, 1^{ère} éd., spéc. n° 578 et 579, p. 473 et s.

⁸⁵Situation plus fréquente que celle du simple jour en empiètement.

⁸⁶Mais l'expression est impropre car la vue ne s'étendra pas nécessairement au travers de la totalité du fonds voisin, ce qui serait excessif (cfr. ci-après).

G. Septième stade du raisonnement : la question de l'intensité de la servitude de prospect en cas d'empiétement

136. Se posera enfin la question de déterminer l'intensité de la servitude de prospect en cas d'empiétement : jusqu'où s'exercera-t-elle et empêchera-t-elle le voisin de construire sur son fonds; sur la totalité de celui-ci pour que la vue puisse le traverser, ou sur une distance moindre que le juge devra fixer, soit en appliquant les règles de distance légale - cfr. art. 677 -, à l'envers en quelque sorte, soit en appréciant les choses lui-même de façon raisonnable ?

Nous concluons *infra* à l'application de cette dernière solution, au terme d'un raisonnement assez complexe dont les termes viennent de s'enchaîner ci-dessus.

Nous verrons aussi comment la jurisprudence de la Cour de cassation permet de valider ou non les termes et les stades de ce raisonnement. Nous développerons ce raisonnement dans la section IV du chapitre des servitudes, lorsque nous aurons revu les règles de prescription qui leur sont applicables.

H. Récapitulation des notions étudiées

137. Les notions que nous venons d'étudier correspondent à une gradation en fonction de l'intensité des situations et des droits, de la servitude la moins intense à la servitude la plus intense : 1) les jours ou vues de servitude - servitudes légales -; 2) les servitudes de jour ou de vue du fait de l'homme; 2.1.) à savoir en ce qui concerne ces dernières, les servitudes d'aspect; 2.2.) et enfin les servitudes de vue *sensu stricto*, ou servitudes de prospect, qui impliquent pour le voisin une véritable obligation de ne pas construire, à titre exceptionnel en cas d'empiétement sur son fonds de la vue ou du jour, et en ayant une certaine intensité.

III. La prescription acquisitive et extinctive en matière de jours et vues de servitudes, et servitudes d'aspect ou de prospect : approfondissement

A. Point de la question; situation concrète et règles applicables

138. Nous venons de faire le raisonnement nous permettant d'appréhender la situation de fenêtres établies sans respecter les règles de distance légales découlant des articles 675 et suivants du Code civil.

En résumant fort la question, l'articulation du raisonnement est la suivante :

1) au bout de trente ans, la charge qui pesait sur le fonds servant, imposant le respect de la règle de distance légale, qui est une obligation de ne pas faire (ne pas construire), servitude *passive*, s'éteint; il se produit donc une **prescription extinctive** de la servitude légale, "*jour ou vue de servitude*" pour reprendre la terminologie de H. De Page;

2) si l'on raisonne positivement, l'on constatera l'acquisition par **prescription acquisitive** d'une servitude d'aspect, du fait de l'homme, conférant le droit de conserver le jour ou la vue illégale;

3) cette servitude d'aspect n'a pas l'intensité d'une servitude de prospect, qui interdirait à autrui de construire jusqu'à un certain point sur son fonds - servitude *active* -, laquelle ne pourra s'acquérir par prescription acquisitive, étant continue mais non apparente dans ses éléments "*non aedificandi*" et "*non altius tollendi*";

4) une telle servitude de prospect, servitude de vue *sensu stricto*, ne pourra être acquise par prescription qu'en cas d'empiétement trentenaire sur le fonds d'autrui, lui conférant une certaine apparence.

Il convient de vérifier maintenant la pertinence de ce raisonnement à la lumière

de la jurisprudence, en réglant aussi quelques questions pratiques importantes, comme le point de départ de la prescription acquisitive ou extinctive, et l'intensité de la servitude de prospect.

II. Examen de la jurisprudence de la Cour de cassation

139. Une série de cinq décisions permet un exposé complet de la question de la prescription des vues et des jours, et des servitudes de vue ou de prospect, distinguées des servitudes d'aspect).

Nous concentrerons notre attention sur les arrêts de 1939, 81 et 1990.

1) Civ. Huy, 15 janvier 1969 (J.C.L., 1968-69, p. 156)

Le cas est simple et se rencontre souvent en pratique. Mr. Albert a construit une fenêtre, il y a plus de trente ans, dans un mur jointif, sans respecter les règles de distance légale (cfr. art. 678 du Code civil au sujet des vues droites). Son voisin, Mr. Davreux construit de son côté un mur sur son fonds, à la jonction avec le fonds de Mr. Albert, qui a pour effet de boucher la fenêtre de ce dernier. Mr. Albert tente dès lors une action contre son voisin pour demander la démolition du mur. Mr. Davreux demande reconventionnellement que la fenêtre illégale soit obstruée.

Le juge de paix de Huy saisi du litige décide que :

1) par l'écoulement du délai de 30 ans, Mr. Davreux a acquis le droit de "conserver" sa vue construite à une distance illégale;

2) mais cela ne lui confère pas un droit d'interdire au voisin de construire sur son fonds : "Attendu que la prescription acquisitive du droit de conserver l'ouverture, créée initialement dans des conditions illégales, ne fait cependant pas acquérir une servitude active, servitude de vue, servitude de non-construction, etc., au détriment du fonds voisin; que celui-ci conserve sur sa propriété toutes ses prérogatives et notamment celles de construire ou de planter à sa limite en obstruant ainsi les fenêtres ou les jours (De Page, t. V, n) 870 et 1233, Renard, n° 390, p. 106".

L'articulation du raisonnement est pertinente : 1) l'acquisition du droit de conserver telle quelle la vue illégale (ou acquisition d'une servitude simple dite *d'aspect*⁸⁷; 2) ne s'accompagne pas de la naissance d'une servitude de non-construction pesant sur le fonds d'autrui (servitude de *prospect*).

Ce jugement est exact.

La première branche de l'argumentation pourrait aussi être exprimée différemment, en termes de **prescription extinctive** : au bout de trente ans, s'est éteinte sur le fonds du constructeur illégal, la charge réelle imposant le respect de la règle de distance légale; le voisin ne peut donc plus demander l'application de la servitude qui bénéficiait à son fonds (fonds dominant). Ce dernier fonds a perdu sa nature de fonds dominant. La Cour de cassation avait déjà développé ce type de raisonnement alternatif dans un arrêt plus ancien du 21 décembre 1939, que nous examinons ci-après.

Quant à la seconde branche du raisonnement, elle suscite un questionnement en termes d'abus de droit : est-ce que le propriétaire qui construit sur son fonds, et obstrue la vue d'autrui, ne risque pas d'être taxé d'abus de droit ? *A priori*, une réponse négative s'impose; il a toujours le droit de construire sur son fonds, et s'il construit, c'est le plus souvent moyennant un intérêt légitime et en retirant un avantage sans doute certain pour lui, qui n'est pas disproportionné par rapport au désavantage causé à autrui, résidant dans la perte indirecte de la fenêtre. Mais nous verrons *infra* qu'une application de l'abus de droit n'est pas totalement exclue (cfr. 5^{ème} décision analysée et n° 648).

2) Cass., 21 décembre 1939 : affaire de la vue de servitude s'éteignant notamment par prescription extinctive trentenaire*** (Pas., 1939, I, p. 531; **Décision n° 54**)

Dans cette affaire, une vue existe depuis plus de trente ans dans le mur de X, qui est un mur jointif. Cette fois, le voisin Y demande l'application de l'article 661 du Code civil, règle de la vente forcée, pour construire *in futuro* contre le mur de X, après l'avoir rendu mitoyen, ce qui aurait pour conséquence que la vue de X devrait immanquablement être obstruée. X pouvait-il faire valoir les conséquences de l'écoulement du délai trentenaire depuis la construction de la

⁸⁷Cfr. art. 678 du Code civil, qui utilise la terminologie "*fenêtre d'aspect*", même s'il vise une hypothèse différente et pose simplement la règle de distance légale applicable à la situation qu'il régit (cfr; *supra*).

vue illégale, pour s'y opposer, et jusqu'où allaient les conséquences de cette prétention : pouvaient-elles aller jusqu'à interdire à Y d'exercer son droit d'acquérir la mitoyenneté pour construire sur son fonds, en vertu de l'article 661 du Code civil, qui entraînerait l'obturation de la vue de X.

Le juge du fond eut la volonté de rendre une forme de jugement de Salomon, bien incohérent toutefois et difficilement compréhensible. Il décida que : 1) X avait acquis le droit de conserver la fenêtre illégale ; 2) tandis que Y avait le droit d'acquérir la mitoyenneté du mur où se trouvait la vue illégale ; 3) mais en ne pouvant construire sur son fonds qu'à une certaine distance pour respecter la vue de X. Cette décision surréaliste était totalement incompatible avec la lettre et l'esprit de l'article 661 du Code civil : comment Y pouvait-il se voir reconnaître une mitoyenneté dans un mur contre lequel il ne pourrait pas construire directement ?

Y. se pourvut dès lors en cassation, en invoquant qu'une servitude de vue avait été reconnue illégalement par le jugement à X, l'empêchant de construire sur son fonds, si ce n'est à une certaine distance, ce qui ne se pouvait, les règles en matière de mitoyenneté ayant aussi été violées.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

Il fut fait droit par la Cour au pourvoi en cassation par une impeccable motivation⁸⁸ :

1) **référence au mécanisme de la prescription extinctive** : après le rejet d'une fin de non-recevoir et le rappel de la substance du moyen ainsi que des énonciations essentielles du juge du fond, la Cour décide "(...) qu'en limitant le droit du propriétaire de pratiquer des ouvertures dans son mur, la loi a créé à charge de ce propriétaire une **obligation non faciendi**; qu'il suit de là qu'en vertu du principe "**Tantum praescriptum quantum possessum**"⁸⁹, le propriétaire qui, pendant plus de trente ans, a eu dans son mur des ouvertures à une distance moindre du fonds voisin que la distance légale, n'a pu, par l'effet de la prescription, que s'affranchir de ladite obligation" (nous mettons en évidence);

Commentaire : s'est donc réalisée une prescription extinctive de la servitude légale de vue, ou "*vue de servitude*"⁹⁰, qui pesait sur le fonds soumis à la règle de distance légale - donc fonds servant -, cette servitude étant continue⁹¹ et apparente, or une servitude **continue**, et le droit corrélatif bénéficiant au fonds voisin, peuvent s'éteindre par le non-usage, "(...) du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude" (cfr. **art. 707**, en matière de servitude légale), c'est-à-dire du jour où il a été fait un acte contraire - une construction - à l'obligation découlant de la règle de distance légale⁹².

⁸⁸Cfr. aussi les intéressantes conclusions, conformes, du ministère public précédant l'arrêt.

⁸⁹Que l'on peut traduire librement par : la prescription est à la mesure de la possession.

⁹⁰Cfr; *supra*, la première synthèse des principes que nous avons déjà proposée.

⁹¹Car s'étant exercée sans le fait actuel de l'homme.

⁹²Il est donc certain que le délai de prescription extinctive commence à courir à dater de la construction de la fenêtre illégale. C'est ce qu'implique aussi la motivation de la Cour de cassation lorsqu'elle se réfère à "*l'existence pendant plus de trente ans*" de la fenêtre litigieuse, le point de départ du délai ne pouvant être situé qu'au moment de la construction de la fenêtre (et non par exemple le moment où le voisin aurait construit sur son fonds - ce qui

2) **rejet de principe de la prescription acquisitive d'une servitude de vue sensu stricto (servitude de prospect) et déduction quant au caractère illégal de la décision de fond** : mais "(...) il ne s'ensuit pas que cette prescription lui ait fait acquérir ipso facto une servitude **active** de vue sur l'héritage voisin, entraînant pour le propriétaire de celui-ci une obligation **non altius tollendi ou non aedificandi**; (...) au surplus (...) pareille servitude est non apparente⁹³ et (...) aux termes de l'article 691 du Code civil, elle ne peut être acquise par prescription"; et, dès lors, : "(...) que le seul fait constaté par le juge du fond de l'existence, depuis plus de trente ans, de la fenêtre litigieuse, n'a pu faire acquérir au défendeur en cassation aucune servitude active sur le fonds voisin";

Commentaire : cette motivation est tout à fait pertinente;

3) **argument a fortiori dans le cadre de l'application de l'article 661 du Code civil, le droit de demander la vente forcée de la mitoyenneté étant qualifié d'imprescriptible** : "*Que d'autre part, le droit d'acquérir la mitoyenneté est imprescriptible et qu'en vertu de l'article 675 du Code civil, l'acquéreur de la mitoyenneté d'un mur a droit à la suppression des fenêtres et ouvertures pratiquées dans ce mur; (...) qu'en décidant le contraire, le jugement attaqué a violé les dispositions légales reprises au moyen*";

Commentaire : s'ajoute donc un deuxième aspect au raisonnement juridique : le droit de demander la vente forcée - art. 661 du Code civil - ne peut se perdre pas prescription extinctive; cela peut se comprendre dès lors que le droit de propriété lui-même ne peut non plus se perdre par prescription extinctive (mais peut se perdre indirectement par une prescription acquisitive par autrui, comme d'ailleurs une mitoyenneté peut s'acquérir pas prescription acquisitive d'où la perte indirecte du droit découlant de l'article 661).

Autre commentaire général

Cet arrêt, pleinement convaincant, nous permet de dégager, essentiellement, le **principe de l'imprescriptibilité acquisitive de la servitude active de vue**, autrement dénommée servitude de prospect, en raison du caractère non apparent de ses éléments d'interdiction de construire ou d'exhaussement de constructions existantes "*non aedificandi*" et "*non altius tollendi*".

L'arrêt suivant fait apparaître une exception à ce principe, résidant dans le cas où la vue litigieuse a existé pendant au moins trente ans, en empiétant sur le fonds d'autrui.

3) Cass. 10 avril 1981 : affaire VanKets*** (Pas., 1981, I, p. 907; **Décision n° 55**)

Le schéma de ce cas était simple et classique. Les demandeurs X - dénommés "*Vankets*" - possédait dans le mur jointif, non mitoyen, de leur maison, une vue illégale donnant sur le fonds de leurs voisines Mmes Y - "*Vandereyckem*" - , lesquelles construisirent sur leur fonds. Les consorts X agirent pour obtenir l'enlèvement des constructions en question.

Si l'on appliquait les principes énoncés par la Cour de cassation en 1939, le sort de cette action devait être clairement négatif. Les consorts X tentèrent de contourner la

n'était pas le cas en l'espèce, au demeurant -; à ce sujet, cfr. *infra*, 4^{ème} arrêt analysé).

⁹³Même si elle est continue car elle ne requiert pas le fait actuel de l'homme pour être exercée.

difficulté en soutenant une **argumentation très alambiquée basée sur la théorie des troubles de voisinage**.

Elle était en substance la suivante : par l'existence de la fenêtre illégale, ils avaient causé un déséquilibre entre les fonds, d'une durée de plus de trente ans, impliquant une forme d'empiètement et leur conférant le droit de la conserver et surtout d'interdire à leurs voisins de construire sur leurs fonds comme elles l'entendaient. Une telle argumentation était évidemment totalement absurde et sans fondement, mais elle n'était pas, malgré tout, complètement innocente quant à la notion d'empiètement⁹⁴. Elle fut balayée par le juge du fond, qui releva par ailleurs l'absence d'abus de droit des constructeurs Y. X, qui n'avait pas froid aux yeux, réitéra son argumentation dans le pourvoi en cassation et ce dernier fut à juste titre rejeté.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

Le raisonnement suivi par la Cour de cassation est à nouveau pleinement convaincant. Il s'articule, après quelques éléments de mise en contexte, par des développements en trois temps :

1) **mise en perspective de l'application de la théorie des troubles de voisinage soutenue par les demandeurs en cassation** : *“Attendu que le moyen, partant de la thèse que les servitudes dites légales, comme celles de jour et de prise d'air, en tant que droit naissant du voisinage, appartiennent aux attributs ordinaires du droit de propriété, soutient que, en aménageant dans le mur séparatif une fenêtre qui ne correspond pas aux prescriptions restrictives des articles 676 et suivants du Code civil, les demandeurs ont rompu l'équilibre normal entre leur droit de propriété et celui des défenderesses, propriétaires du fonds voisin, en manière telle qu'ils ont empiété sur le droit de propriété des défenderesses et en concluent, sur la base d'une possession utile trentenaire desdites vue et prise d'air, qu'ils ont acquis par prescription une soi-disant servitude active d'interdiction de bâtir à charge du fonds des défenderesses”*;

2) **référence au cas exceptionnel de l'empiètement réel de la vue ou du jour sur le fonds d'autrui, à l'origine possible d'une servitude de prospect** : *“Attendu toutefois que le propriétaire d'un héritage qui pratique dans un mur non mitoyen des jours ou des prises d'air contraires auxdites prescriptions, n'empiète sur le fonds du voisin permettant d'acquérir par prescription trentenaire une servitude d'interdiction de bâtir, que lorsque et pour autant que la nature de l'ouvrage est matériellement en nécessairement en opposition avec le droit du voisin de bâtir librement sur son fonds, ce que la décision attaquée en constate pas en l'espèce;*” (mis en évidence et souligné);

3) **combinaison des principes précités et rejet du pourvoi** : *“Attendu que pour autant que le comportement des demandeurs ci-dessus décrit ait pu rompre l'équilibre entre les droits de voisins et ceux des défenderesses au sens où cette règle est contenue dans l'article 544 du Code civil, il ne pourrait uniquement être déduit de cette règle qu'ils sont tenus à l'égard des défenderesses d'une compensation, mais non qu'ils ont acquis en outre le droit d'interdire aux défenderesses de bâtir librement sur leur fonds; Que le moyen manque en droit”*.

⁹⁴Cfr. ci-après la réponse de la Cour au sujet de l'empiètement, qui doit bien entendu physiquement exister par rapport au fonds voisin, ce qui n'était pas le cas en la cause.

Par-delà le rejet, qui était évident, de l'application de la théorie des troubles de voisinage dans cette affaire⁹⁵, retenons l'expression d'un principe important opérant comme une exception : la possession d'une vue ou d'un jour à une distance illégale ne confère pas, passé le délai de trente ans, une servitude de prospect, servitude active de vue interdisant au voisin de construire, sauf dans un cas : si la vue ou le jour a **empiété physiquement** sur le fonds d'autrui, étant "*matériellement et nécessairement en opposition avec le droit du voisin de bâtir librement sur son fonds*". Est alors né par prescription acquisitive, au bout de trente ans (cfr. art. 2262 du Code civil), une servitude de prospect, déduite d'un fait de l'homme - la possession -, la suite d'une possession - *corpus* + *animus* - trentenaire, contre laquelle le voisin aurait dû réagir, et conférant en quelque sorte une apparence à la charge de non-construction ayant duré trente ans au moins.

Ce raisonnement n'est pas nouveau. Il découle d'une jurisprudence déjà ancienne, semble-t-il⁹⁶. Mais l'on peut encore s'interroger : quel doit être le point de départ du délai de trente ans ? Logiquement, ou en tout cas simplement, ce devrait être le moment de la construction en empiétement, mais est-ce toujours le cas ? Un arrêt du 25 mai 1990 suscite la perplexité au sujet de cette question, appliquée à un cas de servitude d'aspect cette fois.

*4) Cass. 25 mai 1990 : affaire de la terrasse et de la vue que le voisin « cesse de tolérer »*** (Pas., 1990, I, p. 1084)*

Les consorts R. et S. avaient construit une terrasse surplombant le fonds de leurs voisins B. et V. Premier élément intéressant du litige : la terrasse était à l'origine d'une vue sur le fonds voisin, et celle-ci existait depuis plus de trente et un ans si l'on prenait comme point de départ du délai le moment de la construction de la terrasse (en janvier 1952). La vue résultant de la terrasse était trop proche du fonds voisin et n'avait pas ainsi respecté les règles de distance légale découlant du Code civil (cfr. 678⁹⁷ ou 679 du Code civil). Un litige naquit entre parties. Les voisins B. et V., incommodés par la vue sur leur fonds, demandèrent reconventionnellement la démolition de leur terrasse. Ils avaient en effet construit une maison sur leur fonds, qui existait depuis moins de trente ans, ayant été construite au cours de l'année 1954.

Leur demande datant du 14 janvier 1983 (cfr. date de dépôt au greffe des conclusions exprimant la demande reconventionnelle), si l'on prenait comme point de départ la construction de la terrasse voisine (janvier 1952), elle devait être déclarée prescrite sur la base d'un raisonnement de prescription extinctive. Elle ne l'était plus si l'on prenait comme point de départ la construction de la maison voisine des consorts B. et V. survenue en 1954.

Le juge du fond suivit cette seconde analyse.

R. et S. se pourvurent en cassation contre cette décision en développant, dans le moyen unique de leur pourvoi, une argumentation apparemment imparable qui attaquait la décision de fond tant sur le terrain de la prescription extinctive que sur celui de la prescription acquisitive. Cette argumentation vaut le détour :

1) **quant à la prescription acquisitive** : les demandeurs avaient invoqué une "*prescription acquise le 8 janvier 1982*" soit une prescription acquisitive du droit de conserver la fenêtre par l'expiration du délai de trente ans depuis la date de la construction de leur terrasse (janvier 1952) : "*(...) que les demandeurs ont dès lors fait valoir que la prescription trentenaire était acquise en ce qui concerne la demande reconventionnelle tendant à la démolition de la fenêtre; que, d'une part, dans la mesure où il s'agit de la prescription acquisitive (par la possession trentenaire prévue à l'article 690 du Code*

⁹⁵Au cas de celui qui a créé la vue illégale. La théorie des troubles de voisinage pourrait s'appliquer à celui qui obstrue, sans faute, une vue illégale ou même devenue légale : cfr. *infra*.

⁹⁶Cfr. réf. sous l'arrêt précité de 1939.

⁹⁷Cfr. texte de ce dernier : "*On ne peut avoir des vues droites ou fenêtres d'aspect, ni balcons ou entre semblables saillies sur l'héritage clos ou non clos de son voisin, s'il n'y a 19 décimètres (...) de distance entre le mur où on les pratique et ledit héritage*". Voy. aussi Cass., 24 septembre 1959 (Pas., 1960, I, p. 109) :

"*L'article 678 s'applique non seulement aux fenêtres ou balcons, mais notamment aussi aux toits construits en forme de terrasse, même s'ils ne font pas saillie, et d'où l'on peut exercer une servitude de vue sur le fonds voisin*" (mis en évidence).

civil), d'une servitude active au profit du fonds des demandeurs, fondée sur le fait que pendant trente ans au moins les demandeurs ont eu, de la terrasse litigieuse, une vue pratiquée à une distance illégale, le point de départ du délai de trente ans est indépendant du moment où l'on a construit sur le fonds servant (en l'espèce le fonds des défendeurs)";

Commentaire : la référence à une servitude "active" de vue paraît inexacte⁹⁸; aucune servitude de prospect ne pouvait avoir été acquise puisqu'il n'y avait pas eu d'empiètement sur le fonds voisin; en revanche, un simple droit de vue, droit de conserver la vue illégale, résultant du fait de l'homme, et par prescription d'une **servitude d'aspect** donc, pouvait être invoqué. Or cette servitude était continue et apparente et, en outre, il paraissait convaincant de soutenir que le point de départ de son acquisition était le **premier acte de possession** du droit de vue, à savoir le moment où la vue illégale avait été construite, en vertu du droit commun de la possession, et non le moment où le voisin avait lui-même construit;

2) **quant à la prescription extinctive** : un raisonnement critique fut également développé par les demandeurs en cassation de façon alternative, s'il fallait considérer que le juge du fond avait raisonné en termes de prescription extinctive, et ce de façon impeccable, comme suit ; "(...) d'autre part, dans la mesure où il s'agit de la prescription extinctive d'une servitude négative sur le fonds des demandeurs, à savoir la défense de construire une terrasse à une distance illégale, la servitude s'éteint par le non-usage pendant trente ans (article 706 du Code civil) et (...) les trente ans commencent à courir, lorsqu'il s'agit (*comme en l'espèce*) d'une servitude **continue**, du jour où un acte contraire à la servitude a été fait (**article 707** du Code civil), à savoir, en l'espèce, du jour où la terrasse a été construite à une distance illégale" (mis en évidence par nous);

Commentaire : cette argumentation⁹⁹ était, nous semble-t-il, pleinement convaincante.

La Cour de cassation refusa toutefois de suivre ces critiques en les rejetant sur le terrain de la prescription acquisitive d'une servitude d'aspect, avec prise en compte du point de départ de la prescription déduit du moment, non de la construction de la terrasse litigieuse, mais de la construction de la maison voisine.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaires

Nous citons presque *in extenso* la motivation de l'arrêt, en présentant son articulation:

1) **mise en perspective de la décision de fond en termes de prescription acquisitive d'un droit de vue ou servitude d'aspect** : "Attendu que la demande reconventionnelle des défendeurs tendait à mettre fin à la vue directe que les demandeurs ont de leur terrasse au premier étage sur le fonds des défendeurs;

Attendu que le droit de vue depuis une terrasse constitue une servitude continue et apparente qui s'acquiert par la possession de trente ans;";

2) **détermination du point de départ du délai trentenaire de prescription** : expression d'un principe puis d'une exception :

- **principe** : "Que, en règle, la prescription acquisitive de pareille servitude court du jour de l'achèvement de l'ouvrage par lequel la servitude est exercée";

- **exception** : "Que la prescription ne court cependant pas tant que le propriétaire du fonds servant ne fait que tolérer que son fonds soit ainsi grevé; que dans ce cas, la prescription acquisitive du droit de vue ne commence à courir qu'à partir du moment où ce propriétaire cesse de tolérer cette situation";

3) **application de ces principes et règles à l'examen de la décision de fond et rejet du pourvoi** : "Attendu que le jugement attaqué décide "que le point de départ de la prescription (en l'espèce) est non pas le moment où les (demandeurs) ont construit leur maison mais celui où les (défendeurs) ont construit leur maison contre celle des (demandeurs);

Que le juge relève ainsi que les défendeurs n'ont en fait pas subi d'inconvénient de la vue que les demandeurs avaient de leur terrasse jusqu'à ce que les défendeurs aient construit une maison sur leur fonds;

Que cette constatation, qui implique que les défendeurs ont toléré la vue litigieuse jusqu'à ce qu'ils aient construit leur maison sur leur fonds¹⁰⁰, justifie légalement la décision que la prescription acquisitive au profit des demandeurs n'a commencé à courir qu'à partir du moment où les défendeurs ont construit leur maison contre celle des demandeurs; Que le moyen ne peut être accueilli".

⁹⁸Peut-être les demandeurs entendaient-ils dire servitude "positive" (cfr. la suite de leur argumentation au sujet de la prescription extinctive) ?

⁹⁹Cfr. aussi suite du moyen, qui conclut, en synthétisant les critiques par rapport à la décision de fond, par une référence aux articles 2257 et 2262 du Code civil.

¹⁰⁰Ici la Cour de cassation est très critiquable car elle est proche de se prononcer en fait, ou déduit le constat qu'elle fait d'éléments très incertains.

Commentaires critiques

140. Cet arrêt complexe suscite une certaine perplexité. Il a d'ailleurs été rendu sur conclusions **contraires** du ministère public.

Première lecture : on pourrait lui opposer les critiques principales suivantes, qui sont de quatre ordres :

1) **quant à la prescription acquisitive d'une servitude d'aspect** : il n'est pas du tout certain que le juge du fond avait raisonné ainsi; et n'était-il pas plus simple de raisonner en termes de prescription extinctive de la prescription légale de vue au bout de 30 ans à dater de la construction par les constructeurs de la terrasse, comme la Cour de cassation l'a fait dans son arrêt de 1939 (cfr. *supra*) ?

2) **quant au point de départ de la prescription acquisitive de la servitude d'aspect** : il semble qu'il devait être fixé au **premier acte de possession de la vue illégale** - le droit sujet à prescription -, c'est-à-dire au **moment de la construction de la terrasse**, et non de la construction de l'immeuble voisin; d'autre part, d'où est tirée la règle, valant à titre d'exception d'après ce que dit la Cour, suivant laquelle le point de départ de la prescription serait à fixer à partir du moment où le voisin cesse de tolérer la situation¹⁰¹?

3) **quant au point de départ de la prescription acquisitive éventuelle, comparé à la prescription extinctive** : il ne peut en outre être différent de celui de la prescription extinctive de la servitude légale de vue ; ce serait incohérent ; or il est certain que le début de la prescription extinctive doit être fixé **à dater du premier acte contraire à la servitude légale – encore au moment de la construction de la vue venant de la terrasse illégale, donc en principe – acte contraire à la servitude -, en cas de servitude continue** (cfr. art. 707, *in fine*, du Code civil) (cfr. *supra*, n° 32 et 75);

4) **quant à la prétendue constatation par le juge du fond de ce que le voisin avait cessé de tolérer la vue litigieuse, à dater de la construction par lui de la maison voisine** : la juge du fond n'a pas dit ni constaté ce fait, semble-t-il; la Cour de cassation ne prête-t-elle donc pas au juge un raisonnement et une constatation en droit et surtout en fait, qu'il n'a pas réellement effectués, et ne pénètre-t-elle pas elle-même dans l'appréciation des faits, ou dans une constatation très incertaine ?

Cet arrêt serait donc, sur ces bases, peu convaincant.

140bis. Une **autre lecture**¹⁰² est toutefois possible, permettant de « sauver l'arrêt », basée sur l'article 2232 du Code civil :

- 1) Le point de départ des prescriptions serait la date de la construction de la maison voisine de la terrasse litigieuse, car ce serait à cette date que le voisin aurait **cessé de tolérer** la vue litigieuse ;
- 2) Jusque-là, les actes accomplis par la propriétaire de la terrasse auraient été posés à titre de simples actes de tolérance de la part du voisin ; ces actes seraient dès lors présumés précaires et ne pourraient fonder une prescription acquisitive en vertu de l'article 2232 du Code civil; pendant toute la période en question où le voisin a simplement toléré cet élément de fait, il ne pourrait pas non plus être considéré comme ayant perdu son droit par prescription extinctive ; on dérogerait alors à l'article 707 du Code civil ;
- 3) Et le juge aurait constaté, valablement et souverainement en fait, le premier acte de cessation de la tolérance, qui ne pourrait être que l'acte de construction de la maison voisine.

Il aurait été judicieux alors que l'arrêt se réfère expressément à l'article 2232. On aurait pu mieux le comprendre

Cela étant, cet arrêt se veut de principe et dégage une règle qui appartient au droit positif, semble-t-il. Cet arrêt fait en effet jurisprudence. Il implique une exception à la règle de la computation du délai trentenaire à dater de la construction de la vue ou du jour illégal. En règle, le point de départ de la prescription acquisitive d'une servitude d'aspect découle de la construction de la vue, sauf s'il y a eu une simple tolérance de la part du voisin, qui par exemple a laissé son fonds libre de toute construction. Dans ce cas, le premier acte par lequel le voisin aura cessé de tolérer la vue, à savoir essentiellement - mais pas seulement¹⁰³ -, lorsqu'il aura construit lui-même sur son fonds, fera courir les délais. Cela risquera d'allonger, et même de faire durer éternellement, le délai trentenaire, qui pourra ne pas prendre cours. Ce système n'est pas propice à la sécurité juridique, mais il est dans la logique d'une certaine équité entre voisins¹⁰⁴.

¹⁰¹ La 2^{ème} lecture de l'arrêt répondra à cette question : de l'article 2232 du Code civil.

¹⁰² Apparue lors d'un débat avec les étudiants en décembre 2015. Qu'ils en soient remerciés.

¹⁰³ Semble-t-il, car il faut être prudent, même si l'on ne voit pas à quelle autre situation claire pourrait s'appliquer la règle mise en évidence par la Cour de cassation.

¹⁰⁴ Au sujet de certaines conséquences de cet arrêt, cfr. aussi *infra*, synthèse des

Il y aurait donc dans l'arrêt de 1990 une exception à l'arrêt de 1939. Reconnaissons que cette exception crée une complexité et que la première lecture critique faite ci-dessus de l'arrêt de 1990, basée sur l'article 707, implique en tout cas un raisonnement plus simple.

L'enseignement de l'arrêt du 25 mai 1990 peut-il en outre s'appliquer à la prescription d'une servitude de prospect par le fait de l'homme, du chef d'un empiètement sur le fonds d'autrui ? Ici aussi, notre nouvelle analyse de l'arrêt de 1990 nous permet de penser que si, en principe, ce sera à dater de l'empiètement que l'usurpation du droit d'autrui commencera à être réalisée juridiquement et à produire ses effets prescriptifs, et qu'autrui devra en principe réagir au risque de devoir souffrir la prescription s'il a laissée courir celle-ci pendant plus de trente ans, il pourra être dérogé à cette règle chaque fois que l'on pourra dire que le voisin n'a en réalité fait que tolérer la situation, et qu'il a cessé de la tolérer en construisant sur son fonds, le point de départ des prescriptions étant alors cette construction.

Le livre 3 simplifie le raisonnement en la matière en prenant en considération comme point de départ de la prescription le premier acte de non-usage (cfr. art. 3.126 ; cfr. *supra*, n° 75). Mais comment l'appliquer ici ? Il semble que le critère de l'acte contraire à la servitude – pour une servitude continue – est plus simple et pertinent, surtout dans le litige concerné ici.

5) Arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 1997 (Pas., 1997, I, p. 1144)

Des vitrines ont été établies dans un mur jointif latéral par X. Les propriétaires voisins n'ont pas protesté. Il en est de même de leur fils, Y qui a laissé perdurer la situation pendant sept ans, puis a changé d'avis et a agi pour demander l'obturation de la façade latérale en question.

Il semble que X. avait obtenu les permis de bâtir nécessaires pour construire son mur latéral et les fenêtres qui s'y trouvaient.

Il est important de souligner que dans cette affaire **le délai trentenaire ne s'était pas écoulé depuis la construction des fenêtres**. Le litige ne pouvait donc se développer en termes de prescription acquisitive ou extinctive.

Le juge du fond a débouté Y de son action en considérant que le silence dans son chef, qualifié d'inexplicable et maintenu pendant de longues années, était à l'origine d'une "*Rechtsverwerking*", que l'on peut traduire librement par auto-privation de droit. **On sait cependant que la Cour de cassation a rejeté l'existence de la "*Rechtsverwerking*" en tant que principe général du droit par son arrêt du 17 mai 1990 (cfr. *supra*, et jurisprudence constante depuis lors, sauf la réserve de l'abus de droit).** En cas de pourvoi de Y, nous devons aller à la cassation dans cette affaire. C'est ce qui se produisit.

Y. a introduit un pourvoi en cassation invoquant que l'obtention par X d'un permis de bâtir ne réduisait pas à néant le droit subjectif du voisin de faire procéder à l'enlèvement des fenêtres et jours qui ont été illégalement installés en violation des articles 675 à 680 du Code civil, et que, surtout, X ne pouvait se prévaloir d'aucune renonciation de Y, d'une prescription à son avantage, ni bien sûr de la "*Rechtsverwerking*" qui était inexistante en tant que principe général du droit (cfr. moyen unique de cassation).

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a fait droit au pourvoi et a cassé la décision de fond. Retenons les attendus suivants, développés en trois temps :

1) **principe de prééminence¹⁰⁵ du droit civil (servitudes) sur le droit administratif (autorisations de bâtir)** : "Attendu que le bénéficiaire d'un permis de bâtir n'est pas exonéré de l'obligation de respecter les servitudes que la loi lui impose en matière de fonds voisins";

2) **rappel du rejet de la "*Rechtsverwerking*", réserve étant faite, entre autres, de l'abus de droit** : "Attendu qu'une partie ne perd pas un droit octroyé par la loi en adoptant un comportement contraire à ce droit ou en ne l'exerçant pas immédiatement, sauf en cas d'abus de droit, prescription ou exceptions prévues par la loi; Qu'il n'existe pas de principe général du droit relatif à la "*Rechtsverwerking*";

3) **conséquence : cassation** : "Attendu que le jugement attaqué rejette la demande des demandeurs tendant à obtenir l'enlèvement "(...) des vitrines latérales qui donnent vue sur le passage à niveau ainsi que des portes", d'une part, par le motif que les auteurs du défendeur bénéficiaient d'un permis de bâtir et, d'autre part, par le motif que, par leur comportement, les demandeurs ont tacitement renoncé à leur droit; Que le jugement attaqué fondé sur de tels motifs n'est pas légalement justifié" Que le moyen est fondé".

situations qui peuvent se présenter.

¹⁰⁵Où à tout le moins d'autonomie.

Cet arrêt est tout à fait orthodoxe est convaincant. Il nous a amène à intégrer l'abus de droit dans le raisonnement relatif aux vues et jours illégales, dans la synthèse des situations qui va suivre.

III. Synthèse finale approfondie : typologie des situations et cas, intensité de la servitude de prospect, équation juridique à l'origine de cette dernière, conséquences et conclusions

141. En conclusion de la jurisprudence de la Cour de cassation que nous avons examinée, et en apportant encore certaines précisions au sujet de hypothèses les plus délicates¹⁰⁶, les situations suivantes peuvent se rencontrer en pratique :

1) **la situation de base est celle d'une vue ou d'un jour illégal dont la durée d'existence, depuis leur construction, est inférieure à trente ans** : dans ce cas, la vue ou le jour devra en principe être supprimé(e) dans tout type de mur où il (elle) existe illégalement, sous réserve de l'application possible de l'**abus de droit** venant tempérer la demande de suppression et démolition émanant du voisin, en application des critères de l'intention de nuire, de l'absence d'intérêt raisonnable à agir ou de la disproportion essentiellement.

Une situation plus particulière doit être réservée, à savoir celle du **mur mitoyen**, ou du mur jointif privatif ayant vocation à **devenir mitoyen** suite à une demande de vente forcée de mitoyenneté sur pied de l'article 661 du Code civil, pour laquelle la demande de suppression de la vue ou du jour illégal, dans le mur mitoyen ou dans le mur allant devenir mitoyen, ne se verra que très exceptionnellement appliquer l'abus de droit. La Cour de cassation a qualifié d'"*imprescriptible*" le droit de demander la cession de la mitoyenneté, dans son arrêt du 21 décembre 1939 ? Sans aller jusqu'à qualifier ce droit de discrétionnaire, ce qui le rendrait en principe non susceptible d'abus de droit, ce droit est proche de présenter cette caractéristique. En tout cas, le statut de ce droit lié à un mur mitoyen existant ou futur, et impliquant une prise en compte de la finalité actuelle ou future du mur, sera un élément qui justifiera très souvent la demande de démolition ou obstruction, et exclura que l'abus de droit lui soit appliqué, sauf cas tout à fait particuliers¹⁰⁷.

Dans ces situations, le voisin peut évidemment construire comme il l'entend sur son fonds et éventuellement obstruer directement ou indirectement la vue. Il paraît également difficile d'appliquer l'abus de droit à cette prérogative du voisin de construire sur son fonds, prérogative qui est normale dans le cadre de l'article 544 du Code civil et qui est pleine, sans être restreinte par un droit de celui qui a construit, bien au contraire puisque celui-ci a construit une vue ou un jour violant une règle légale de servitude (règle de distance) (laquelle est toujours en vigueur puisqu'elle ne s'est pas éteinte par prescription extinctive).

2) **la seconde situation de base est celle où le jour ou la vue existe depuis trente ans et plus** :

Dans ce cas il faut distinguer différentes « *sous-situations* » et différents raisonnements complémentaires ou alternatifs - ce qui ne rend pas les choses simples hélas - :

2.1.) **le jour ou la vue existe depuis trente ans et plus sans empiètement physique et emprise sur le fonds d'autrui** : dans ce cas, il pourra être plaidé par le propriétaire du jour ou de la vue illégale :

i) que le jour ou la vue de servitude *légale* s'est éteinte par **prescription extinctive**, de sorte que la fenêtre, illégale pendant trente ans¹⁰⁸, peut être conservée dorénavant;

ii) et qu'il y a eu acquisition d'un droit de conserver le jour ou la vue et d'en jouir - **prescription acquisitive** -, droit de jour ou vue *du fait de l'homme* ou *servitude d'aspect* - à caractère apparent et continu -, qui permet d'atteindre le même résultat que le raisonnement complémentaire à base de prescription extinctive.

Dans ce cas, le voisin ayant à subir la vue ou le jour conservera normalement la prérogative de construire sur son fonds, car le constructeur illégal n'aura pas acquis de servitude de prospect (servitude continue mais non apparente dans ses éléments de "*non aedificandi*" ou "*non altius tollendi*"; à ce sujet, cfr. ci-après).

Cette prérogative pourrait- elle être tempérée par l'application de l'**abus de droit** ? Une réponse positive s'impose. La situation est différente de celle susvisée pour laquelle le délai de trente ans ne s'est pas encore écoulé. Cette

¹⁰⁶ A la lumière également de certaines décisions de fond.

¹⁰⁷ Comme le cas d'un mur avec un vue existant depuis près de trente ans dans un mur mitoyen, contre laquelle la demande de démolition est animée par une intention de nuire et alors qu'il existerait une autre solution pratique au litige que la suppression pure et simple de la vue.

¹⁰⁸ Et ne l'étant plus puisqu'il s'est produit une extinction du jour ou de la vue de servitude légale.

fois-ci, le constructeur, en son temps illégal, d'une part peut plaider la prescription extinctive du jour ou de la vue de servitude, et la prescription acquisitive d'un droit de vue - aspect -, mais d'autre part il ne peut empêcher le voisin de construire sur son fonds : ce droit de construire se verra donc appliquer plus facilement l'abus de droit que dans la première situation, car le droit du voisin constructeur est moins fort, en raison de la double prescription, extinctive et acquisitive, dont peut se prévaloir l'autre partie¹⁰⁹.

En outre, une application de la **théorie des troubles de voisinage** à celui qui obstrue la vue d'autrui, est également concevable¹¹⁰.

Tout sera donc question d'espèce et de mesure : est-ce que celui qui veut construire sur son fonds commet ou non un fait fautif, voire un fait non fautif, dépassant la mesure des inconvénients normaux du voisinage, en obstruant la fenêtre trentenaire d'autrui, qui fut illégale mais ne l'est plus ? Et, dans tous les cas, il sera certainement prudent de demander l'aval de la justice avant de procéder à une telle obstruction, directe ou indirecte, de la vue d'autrui.

Une observation importante doit encore être émise de façon générale et en rapport avec une situation plus précise : selon l'arrêt de la Cour de cassation du 25 mai 1990, que nous avons réexaminé, le point de départ du délai trentenaire sera celui où le voisin a "cessé de tolérer" la vue ou le jour illégal, au moment plus précisément où il a construit lui-même sur son fonds. Ce raisonnement ne pourrait toutefois s'appliquer que dans le cas où le voisin a construit sur son fonds. S'il n'a pas construit, le délai trentenaire en rapport avec la construction de la vue ou du jour illégal de base, courrait, en principe¹¹¹, à dater de l'achèvement de cette construction précisément¹¹²;

2.2.) le jour ou la vue illégale existe depuis trente ans et plus, avec empiètement physique sur le fonds d'autrui (et il faut que l'empiètement soit suffisamment apparent et certain de sorte qu'il aurait dû susciter la réaction du voisin¹¹³);

Dans ce cas, voici ce que l'on peut dire :

i) le raisonnement de la prescription extinctive sera bien sûr toujours soutenable;

ii) mais doublé cette fois d'un raisonnement de prescription acquisitive d'une véritable *servitude de prospect*, empêchant en principe le voisin de construire sur son fonds (servitude de "*non aedificandi*" du fait de l'homme) ou d'élever les ouvrages existants (servitude de "*non altius tollendi*" du fait de l'homme).

¹⁰⁹A ce sujet et ayant considéré qu'il y avait abus de droit dans l'obstruction de la vue d'autrui, cfr. J. P. Ostende, 2^{ème} cant., 23 avril 1998, J.J.P., p. 218. Pour une décision ayant exclu l'abus de droit, cfr. J. P., 3^{ème} Cant., Bruxelles, 28 juin 2004, J.J.P., 2006, p. 133. Au sujet de ces décisions, cfr. notre Chronique précitée, *ibidem*.

¹¹⁰Inverse à celle quelque peu incohérente rencontrée dans l'affaire ayant précédé l'arrêt de la Cour de cassation du 10 avril 1981, du moins au stade de l'argumentation alambiquée qui avait été soutenue dans le pourvoi en cassation ; cfr. *supra*.

¹¹¹C'est en effet le principe général présenté par la Cour de cassation dans son arrêt du 25 mai 1990 : cfr. *supra*.

¹¹²Et quid si le voisin ayant subi la vue ou le jour illégal laisse passer des décennies avant de construire lui-même sur son fonds ? L'arrêt du 25 mai 1990 ne permet pas de répondre à cette question. Il me semble qu'il faudrait considérer, si l'on applique les principes et règles dégagés par l'arrêt, que : 1) si le voisin n'a pas construit endéans le premier délai de trente ans depuis la construction de la vue ou du jour illégale, le délai de trente ans de base a couru à dater de cette construction; et 2) si le voisin a construit sur son fonds lui-même avant l'expiration du délai de trente ans originaire (depuis la construction de la vue ou du jour illégal), un nouveau délai de trente ans commencerait à courir depuis cette nouvelle construction, et ce du moins, je le répète, si l'on suit l'arrêt du 25 mai 1990.

¹¹³A cet égard, cfr. le jugement du juge de paix de Visé, du 19 octobre 1998 (J.L.M.B., 1998, p. 1840 et note) (à son sujet, cfr. notre Chronique, 1998-2005, Dossier J.T. 63, Larcier, 2007, spéc. p. 245 et réf. 970) qui a décidé qu'un empiètement de 5 centimètres, situé au bas de fenêtres, n'était pas un véritable empiètement de nature à engendrer une servitude de prospect.

Dans ce dernier cas on peut défendre l'existence de l'équation juridique suivante :

“Prospect = aspect + servitude de non aedificandi et de non altius tollendi; SSI il y a empiètement sur le fonds d'autrui”.

142. Il reste à apporter des précisions sur les deux points pratiques suivants dans cette dernière situation :

1) quelle est l'intensité de la servitude de prospect (jusqu'où va-t-elle et empêche-t-elle de construire ?);

2) et cette servitude est-elle susceptible d'abus de droit dans son exercice ?

1) Quant à la première question, deux argumentations sont possibles et ont été rencontrées dans la doctrine et la jurisprudence (à ce sujet, cfr. J. Hansenne, Précis, t. II, spéc. n° 1185, p. 1199 à 1201) :

i) soit une argumentation qui implique un raisonnement et une application inversés des articles 675 et suivants du Code civil, au profit cette fois du constructeur en empiètement, à l'origine de la vue trentenaire; le voisin subissant la vue devrait respecter une distance de 19 décimètres s'il s'agit d'une vue droit et de 6 décimètres s'il s'agit d'une vue oblique (cfr. art. 678 et 679 du Code civil), sans pouvoir planter ou construire endéans ces limites; cette argumentation ne convainc pas car les articles 678 et 679 n'ont pas vocation à régir cette hypothèse très particulière (dans le sens de cette critique, cfr. J. Hansenne, *ibidem*, p. 1200);

ii) soit une argumentation, beaucoup plus convaincante, qui apprécie raisonnablement et au cas par cas l'intensité de la servitude, car ce qui est sous-jacent c'est un fait de l'homme d'acquisition de la servitude : “(Les auteurs considèrent alors), par conséquent, que le problème se réduit à une simple *question de fait* et que la servitude de jour ou de vue entraîne l'obligation pour le propriétaire du fonds servant¹¹⁴, de ne pas bâtir dans les limites de la nécessité (art. 701¹¹⁵), cette nécessité devant s'apprécier *in concreto*, compte tenu de circonstances et de faits propres à chaque espèce : tantôt le propriétaire du fonds servant sera empêché de bâtir à 6 ou 19 décimètres, tantôt il sera empêché de bâtir à une distance plus ou moins grande suivant les cas” (*ibidem*)¹¹⁶.

2) Quant à la seconde question posée ci-dessus, sur l'**abus de droit**, il faut aussi y répondre positivement : le titulaire de la servitude de prospect ne pourrait pas non plus abuser de son droit et imposer à son voisin une obligation de ne pas construire qui dépasserait les limites d'exercice normales de ce droit par un *bonus vir*, notamment aux regards du critère de la disproportion. Ce type de raisonnement confortera, par un biais différent, la deuxième analyse que nous venons de faire au sujet de l'intensité de la servitude.

143. On voit aussi que dans aucune des deux argumentations précitées (sous 649. 1)), il n'est considéré que le propriétaire du fonds servant aurait acquis une servitude de prospect s'étendant à l'ensemble du fonds voisin et interdisant de construire sur la totalité de celui-ci, ce qui serait évidemment tout à fait excessif.

144. Relevons enfin une autre conséquence possible, qui est assez imprévisible, du système de l'acquisition par prescription - un fait de l'homme - d'une servitude de prospect en cas d'empiètement, **dans le cas d'un mur ayant vocation à devenir mitoyen**.

J. Hansenne considère que le propriétaire du fonds servant, subissant l'empiètement, n'aura pas le droit de faire supprimer les ouvertures de jour et de vue acquises par son voisin, même s'il acquiert la mitoyenneté du mur dans lequel ces ouvertures sont pratiquées, et ce au motif que l'article 675 du Code civil concerne les jours légaux et non les ouvertures irrégulières, devenues l'objet d'une servitude, eu égard à un empiètement prolongé pendant trente ans (*ibidem*, spéc. n° 1185 *in fine*).

Mais n'est-ce pas pousser les choses trop loin ? N'est-ce pas difficilement conciliable avec l'arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1939 qui a qualifié le droit déduit de l'article 661 du Code civil (droit de demander la vente forcée de la mitoyenneté du mur), d'“imprescriptible”, en des termes très généraux difficilement conciliables avec l'analyse de J. Hansenne (cfr. *supra*, n° 643. 2))?

¹¹⁴Celui qui subit l'empiètement.

¹¹⁵En voici, pour rappel, le texte, que nous avons vu *supra* : “Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. Ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. (...)”.

¹¹⁶En ce sens, cfr. J. P. Visé, 19 octobre 1998, J.L.M.B., 1998, p. 1840 et note; J. P. Bruxelles, 3^{ème} cant., 28 juin 2004, J.J.P., 2006, p. 133; cfr. notre Chronique, Dossier J.T., 63, *op. cit.*, spéc. n° 211, p. 245 et 246.

Nous avons tendance à le penser - même si la question est délicate -, et à ne pas suivre le professeur J. Hansenne sur ce point. A nouveau, l'**abus de droit** pourrait être une clé du problème : le droit de demander la vente forcée de la mitoyenneté d'un mur où existe une vue ou un jour trentenaire par empiètement, ne serait pas exclu en principe et il faudrait voir s'il est exercé de façon abusive ou non.

Par. 4. La servitude légale de passage au profit des fonds enclavés

I. Définition et conditions d'existence

A. Les dispositions du Code civil en 1804 et la relation réelle à la base de la servitude (économie générale en équité)

145. La servitude légale de passage fait l'objet des articles **682 à 685 du Code civil ancien**.

La disposition de base est l'article 682 dont voici la ***version ancienne***, avant sa révision par une loi du 1^{er} mars **1978** : "*Le propriétaire dont le fonds est enclavé, et qui n'a aucune issue sur la voie publique, peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner*" (mis en évidence).

Nous traiterons par mémoire ci-après du régime en la matière et nous étudierons essentiellement celui-ci, mais assez brièvement, sous l'empire du nouveau livre 3.

146. Cette disposition était l'expression d'une règle d'équité et touchant à la nature des choses : le propriétaire dont le fonds est enclavé, doit pouvoir accéder à la voie publique. Il y va du bon développement des propriétés privées enclavées, mais aussi de la sécurité de leur accès. Le droit de l'un ne peut toutefois être sans contrepartie pour l'autre. En vertu du principe de l'enrichissement sans cause, qui justifie le régime légal d'indemnisation sans être directement applicable, l'obtention du droit de passage sur un fonds devra être compensée par une indemnité raisonnable et proportionnée au dommage subi, octroyée au propriétaire de l'autre fonds.

S'établit ainsi une relation de fonds à fonds à l'origine d'un certain régime énoncé par la loi, allant jusqu'à poser une règle d'indemnité. Cette relation doit être exercée de façon équilibrée. Dès lors se poseront, également en équité, les questions suivantes : pour qu'il y ait octroi de la servitude, le fonds devra-t-il être complètement enclavé - absence totale d'accès à la voie publique et état d'enclave absolue - ou un accès insuffisant - absence relative d'accès et état d'enclave relative - suffira-t-il ? Pourra-t-on obtenir une nouvelle servitude de passage, ou une servitude de passage plus importante, en cas de changement de nature dans l'affectation du fonds bénéficiant de la servitude initiale, au détriment du fonds servant ? Le bon sens, le sens commun et l'équité, nous amènent selon toute vraisemblance à répondre positivement à la première question, et négativement à la seconde. C'est ce que fera la Cour de cassation avant que le législateur ne consacre cette position raisonnable de la jurisprudence dans une nouvelle version de l'article 682, fixée par la loi du 1^{er} mars 1978 (au sujet de celle-ci, cfr. ci-après).

B. Evolution jurisprudentielle, puis législative quant aux conditions d'existence de la servitude légale

147. Au vu du premier état de l'article 682 du Code civil, deux conditions d'existence s'appliquent préalablement à l'obtention de la servitude légale du chef de l'état d'enclave : 1) il faut que le fonds soit enclavé; et 2) il faut que la servitude soit nécessaire ou utile pour l'exploitation du fonds dominant enclavé.

Une évolution s'est réalisée dans le sens d'une extension de chacune de ces deux conditions.

1. Evolution quant à la première condition : de l'état d'enclave absolu à l'état d'enclave relatif; et à l'état d'enclave également souterrain

148. La Cour de cassation a élargi par deux arrêts la notion d'enclave et le législateur a consacré cette évolution.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1958 (Pas., 1959, I, p. 409)

Un fonds appartenant à X bénéficiait d'un chemin vers la voie publique, constituant un passage acquis en pleine propriété allant vers cette voie, et d'une largeur de 2 mètres. Le passage résultait d'un acte d'acquisition du terrain datant de 1886. Le

chemin était devenu insuffisant en raison des contraintes nouvelles d'une exploitation agricole (passage de tracteurs, etc ...), et X agit pour obtenir la reconnaissance d'un droit de passage légal sur pied de l'article 682 du Code civil, d'une largeur de 3 mètres au moins. L'action tendait donc précisément à l'obtention d'une servitude s'exerçant sur une bande de terrain d'un mètre venant compléter le passage en pleine propriété.

L'action fut déclarée fondée en première instance mais rejetée en degré d'appel au motif que X ne rapportait pas la preuve d'un droit de passage de trois mètres de large découlant de l'acte d'achat de 1886.

X s'est pourvu en cassation. La 2^{ème} branche de son moyen est la plus intéressante et la plus efficace. Elle soutient que le juge du fond n'a pas répondu à ses conclusions et a mal interprété les termes de son action (violation de la foi due à l'exploit introductif d'instance) : il ne s'agissait pas pour lui d'obtenir une modification des termes de la convention de 1886, ce qui était au demeurant impossible en vertu de la convention-loi, mais d'obtenir le bénéfice d'une nouvelle servitude de passage légale du chef de fonds enclavé, sur une largeur d'un mètre, complémentaire de la servitude conventionnelle.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a déclaré fondée la deuxième branche du moyen, au terme d'une motivation allant étrangement plus loin que ce qui avait été soutenu dans le pourvoi, en concluant à un vice d'ambiguïté de la décision de fond. Cette motivation est la suivante : "Attendu que (les) motifs (de la décision de fond) sont ambigus; qu'ils laissent, en effet, incertain si le juge d'appel a entendu décider que la demande avait pour objet non point, comme l'avait admis le premier juge, une servitude de passage, sur une bande de terrain d'un mètre de largeur, au profit d'un fonds enclavé, mais l'acquisition de la propriété de cette bande de terrain, ou s'il a considéré que, l'auteur du demandeur n'ayant acquis qu'un chemin d'une largeur de deux mètres, le demandeur ne pouvait plus se prévaloir de l'article 682 du Code civil, **même si le chemin était devenu insuffisant pour les besoins de l'exploitation**" (mis en évidence par le soussigné).

Cet arrêt est un *pur arrêt d'espèce* puisqu'il se borne à casser une décision de fond pour un vice d'ambiguïté affectant la régularité de sa motivation (violation de l'ancien article 97 de la Constitution), ce qui est aussi suffisamment rare pour être signalé¹¹⁷.

L'arrêt est cependant significatif parce que, bien qu'étant un arrêt d'espèce, il a été l'occasion de l'admission implicite d'un principe qui sera consacré plus tard en tant que véritable règle de droit se trouvant dans l'article 682 du Code civil, à savoir la règle suivant laquelle un fonds peut être considéré comme enclavé non seulement s'il n'a pas d'issue vers la voie publique, mais aussi lorsque cette issue est "insuffisante pour les besoins de son exploitation" - *état d'enclave relative* -.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 21 octobre 1965 (Pas., 1966, I, p. 236).

Voici l'arrêt de principe qui manquait dans la jurisprudence. Un terrain de fond avait été utilisé pendant un certain temps comme jardin. Il fut vendu par la suite à un nouveau propriétaire, X, qui y construisit un garage. Le fond était enclavé et il fallait pouvoir en sortir. Un chemin vicinal existant vers la voie publique, au travers du fonds voisin appartenant à Y. Ce dernier n'appréciant pas que son voisin l'utilise dorénavant pour y passer en voiture, ramena le chemin à ce qu'étaient probablement ses limites véritables et initiales, à savoir 1 mètre et 20 centimètres de large. X lança dès lors une action pour se voir reconnaître un droit de passage légal plus large lui permettant de passer avec son véhicule, et ce sur pied de l'article 682 dans son texte initial qui ne prévoyait que l'octroi d'un droit de passage au fonds totalement enclavé, ne bénéficiant d'aucune issue vers la voie publique. L'action allait donc plus loin que le texte légal.

Elle fut rejetée en degré d'appel, pour deux motifs : d'abord parce que le fonds n'était pas enclavé au sens légal du terme; ensuite parce que X demandait l'octroi d'un droit de passage pour une affectation de pur agrément, et non en vue d'une exploitation du fonds à des fins industrielles, agricoles ou commerciales.

X a introduit un pourvoi en cassation attaquant la décision de fond sur ces deux plans : d'abord, presque *contra legem* à l'époque, il plaida l'évolution nécessaire de la loi vers un concept d'enclave relative (première branche); ensuite, il soutint que la vision du juge sur la finalité du droit de passage était trop restrictive (deuxième branche). X triompha sur les deux plans, ce qui démontre que la Cour de cassation a su dire et faire évoluer le droit quand cela était nécessaire.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour a déclaré fondées les deux branches du moyen. Elle a cassé la décision de fond et a validé ainsi, à l'occasion de cette affaire, deux principes déterminant les deux conditions préalables d'octroi de la servitude de passage :

1) quant à l'état d'enclave, la Cour de cassation consacre la notion d'enclave relative : "(...) un fonds, qui a une issue sur la voie publique, est néanmoins un fonds enclavé, au sens de l'article 682 du Code civil, **lorsque cette issue est insuffisante pour les besoins de l'exploitation de ce fonds**";

2) la condition d'affectation du fonds est également nouvellement définie : "(...) en attribuant dans l'article 682 dudit Code un droit de passage pour "l'exploitation" de l'héritage enclavé, le législateur a entendu assurer à cet héritage l'accès à la voie publique qui s'avère **indispensable à la mise en valeur du fonds enclavé, c'est-à-dire à son utilisation normale d'après sa destination**" (mis en évidence); sur la base de ce principe, la décision du juge du fond, trop

¹¹⁷Assez rares sont en effet les cassations pour ambiguïté ou contradiction des motifs de la décision de fond.

restrictive et n'ayant pas constaté que le passage demandé n'était pas indispensable à l'utilisation normale du fonds litigieux, est également cassée.

Il convient d'approuver cet arrêt.

Notons qu'il en découle une interprétation téléologique de la loi - recherche du but de celle-ci, en équité -, qui prime sur une interprétation qui aurait pu être stricte, voire restrictive, au motif que la servitude déroge au droit commun de la propriété individuelle et à l'article 544 du Code civil.

Ce type de raisonnement nous paraît tout à fait raisonnable et convaincant.

149. Le législateur a consacré au mot près cet arrêt par la loi du 1^{er} mars 1978, rédigeant comme suit le **texte actuel de l'article 682, § 1^{er}, du Code civil** :

“Le propriétaire dont le fonds est enclavé parce qu'il n'a aucune issue *ou qu'il n'a qu'une issue insuffisante sur la voie publique*, qui en peut être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur le fonds de ses voisins, *pour l'utilisation normale de sa propriété d'après sa destination*, moyennant paiement d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner”.

150. La Cour de cassation a encore étendu la notion d'enclave en décidant, par un arrêt du 1^{er} mars 1996, qu'un fonds pouvait être enclavé s'il ne dispose pas de l'accès souterrain nécessaire aux installations techniques d'évacuation et de connexion vers la voie publique.

3) Arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1996 (R.C.J.B., 1997, p. 4756 et s., et 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 »)
La question posée dans cette affaire était simple : une servitude de passage pouvait-elle être obtenue pour faire passer sous le fonds d'autrui, des canalisations vers la voie publique, le passage de ces canalisations étant indispensable au fonds enclavé ? Plus précisément, Mr. T. avait fait poser une canalisation vers l'égoût public, qui passait sous le fonds de sa voisine Mme S. Cette dernière avait donné son accord à cet égard, qu'elle prétendra toutefois provisoire, et, désireuse finalement de faire construire une véranda sur son fonds, elle demanda la suppression de la canalisation qui constitue un obstacle à cette construction.

En degré d'appel, Mr. T. soutient d'abord l'existence d'une servitude légale du chef de l'état d'enclave, ensuite l'existence d'une servitude conventionnelle, enfin un abus de droit dans le chef de sa voisine.

Le juge du fond accorda une servitude légale de passage, souterraine, pour permettre aux canalisations de passer, sous terre, vers la voie publique (cfr. motivation résumée dans la partie “en ce que” du pourvoi en cassation). Mme S. se pourvut dès lors en cassation et invoqua notamment, dans une seconde branche, la violation de l'article 682 du Code civil et de la servitude légale du chef d'état d'enclave qui ne pouvait, selon elle, sortir ses effets qu'en surface du fonds.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a fait encore évoluer la notion d'enclave en décidant que : “(...) l'article 682, § 1^{er} du Code civil n'exclut pas que le propriétaire d'un fonds enclavé puisse obtenir le passage, dans le fonds voisin, de canalisations souterraines, pour l'utilisation normale de sa propriété d'après sa destination; Que le moyen, en cette branche, manque en droit”.

L'évolution nécessaire du droit pour faire face aux besoins évidents de la pratique et de la vie en société nous conduit à approuver cet arrêt, même si l'on aurait préféré une formulation affirmative¹¹⁸, étoffant encore la notion d'enclave et justifiant du même coup l'arrêt.

2. Evolution quant à la seconde condition : l'octroi d'une servitude de passage pour “l'utilisation normale” du fonds dominant d'après sa destination

151. L'arrêt de la Cour de cassation précité du 21 octobre 1965 a dégagé le principe ensuite repris par la loi du 1^{er} mars 1978 au sein de l'article 682, § 1^{er}, suivant lequel un passage peut être demandé sur le fonds voisin “(...) pour l'utilisation normale de (l) la propriété (du fonds dominant) d'après sa destination”.

Comment appliquer ce principe dans les faits ? Peut-on aller jusqu'à plaider qu'un changement de destination puisse donner droit à l'octroi d'un nouveau droit de passage, plus important dans ses modalités - la réponse paraît négative - ? Dès lors, comment développer économiquement le fonds dominant, si l'on ne peut obtenir un passage plus important en cas de changement de destination ? Ne risque-t-on pas de tomber dans une forme d'immobilisme économique

¹¹⁸Souvent, l'embarras de la Cour de cassation par rapport à une question délicate a pour conséquence qu'elle tranche cette question sans aller jusqu'à la formulation positive et affirmative du principe qui permettrait de régler, dans leur généralité, des cas du même type que celui tranché.

des fonds, si l'on n'accepte pas la possibilité d'un changement d'affectation pour obtenir une servitude plus importante ?

La Cour de cassation a répondu en 1965 qu'une "mise en valeur du fonds" était possible et pouvait être prise en considération. Elle apportera encore deux précisions dans les arrêts ci-dessous analysés. D'abord, il se confirme qu'un changement de destination du fonds dominant ne peut donner droit à une nouvelle servitude, plus importante et plus lourde pour le fonds servant. Ensuite, le juge du fonds apprécie souverainement en fait la question de l'utilisation normale et de la mise en valeur du fonds dominant d'après sa destination, comme critère d'octroi d'une servitude légale de passage, sous le contrôle marginal de la Cour de cassation.

Un troisième arrêt important a été rendu le 25 janvier 2010.

152. Examinons les trois arrêts rendus à cet égard.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 12 mars 1981 (Pas., 1981, I, p. 756)

Le fonds de X bénéficiait d'un chemin vers la voie publique, d'une largeur de 2, 25 mètres. Une maison d'habitation se trouvait sur le fonds qui était à usage privé. En 1975, X se mit à exercer sur son fonds un commerce de garagiste ferronnier. Le chemin servit donc régulièrement au passage de véhicules qui dépassèrent les limites du chemin. Le voisin Y plaça dès lors une clôture constituée de piquets en béton et d'un treillis métallique, pour limiter le passage à sa largeur d'origine. X intenta en conséquence une action en justice pour obtenir une servitude légale de passage à concurrence d'un mètre supplémentaire, ce qui lui fut refusé en degré d'appel par le tribunal civil de Charleroi au motif qu'en transformant sa propriété en garage, il en avait changé la destination et ne pouvait légalement, sur cette base, obtenir une servitude légale de passage.

X s'est pourvu en cassation et a soutenu qu'un changement de destination d'un fonds pouvait fonder une demande d'octroi d'une servitude légale de passage, ce qui fut rejeté par la Cour de cassation.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour motive comme suit le rejet du pourvoi : "(...) si l'article 682 (nouveau¹¹⁹) reconnaît au propriétaire du fonds enclavé le droit de réclamer un passage sur le fonds de ses voisins, même lorsque l'insuffisance de l'issue sur la voie publique résulte d'une mise en valeur par lui de sa propriété, elle subordonne néanmoins l'attribution de ce droit à la condition que le fonds soit utilisé normalement d'après sa destination;

Attendu que le jugement (...) constate d'une part, que la destination du bien est celle d'une maison d'habitation, d'autre part, que le passage réclamé par les propriétaires pour disposer d'un accès suffisant à la voie publique dans l'activité de l'activité commerciale du garagiste, que le premier demandeur a établie sur sa propriété, dont il a ainsi **transformé la destination**, n'est pas indispensable à l'utilisation d'une maison d'habitation; qu'en se fondant sur ces constatations, le jugement a pu légalement décider que la demande n'était pas fondée"¹²⁰.

Nous approuvons cet arrêt : la mise en valeur d'un fonds enclavé est admissible et peut justifier l'octroi d'une nouvelle servitude légale de passage, ou d'une servitude plus importante quant à son assiette et ses modalités d'exercice; il n'en va pas de même en cas de changement de la destination du fond. L'équité s'y oppose ainsi que la sécurité juridique.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} mars 1984 (Pas., 1984, I, p. 759)

Plusieurs petites maisons assez anciennes se trouvaient sur des fonds enclavés. A l'origine, elles ne bénéficiaient pas d'un passage vers la voie publique permettant d'y accéder en voiture. Il s'agissait de petites maisons rurales, sans confort moderne et sans garage, acquises à bon marché par des citadins, ainsi que le releva le juge du fond saisi du litige. Les propriétaires de ces maisons agirent en justice pour se voir reconnaître une servitude légale de passage, permettant d'accéder en voiture vers les maisons et vers les garages qui y seraient construits. Le nouveau chemin en question serait long de près de deux cent mètres sur le fonds servant, à supposer la servitude accordée. Le tribunal civil de Courtrai refusa de faire droit à l'action eu égard à la situation des fonds et au fait que les servitudes ne pouvaient être octroyées en ayant pour conséquence l'obtention d'une plus-value pour les fonds dominant et la création de grands inconvénients imposés au fonds servant.

Les demandeurs originaires invoquèrent la violation de l'article 682 du Code civil, qui fut cependant écartée par la Cour de cassation.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi aux motifs que : "(...) si le passage réclamé peut entraîner de grands inconvénients pour le fonds servant et procurer une plus-value inhabituelle au fonds dominant, le juge peut prendre entre autres en considération ces éléments de fait pour apprécier le caractère normal de l'utilisation visée; qu'en considérant que l'utilisation normale des biens litigieux ne requiert pas d'y accéder en voiture, le tribunal ne viole pas l'article 682, § 1^{er},

¹¹⁹Depuis la loi du 1^{er} mars 1978.

¹²⁰Pour une application de ces principes par une décision de fond, cfr. Civ. Turnhout, 5 juin 1989, Turnh. Rechtsl., 1990, p. 70.

parce qu'il s'agit de très petites maisons (...)¹²¹.

Cet arrêt est très restrictif, sans doute trop à la lumière d'un récent arrêt de la Cour de cassation ci-après examiné.

De l'arrêt se déduit également le principe suivant lequel le juge du fond apprécie souverainement l'existence en fait de la seconde condition de l'article 682, § 1^{er} (conformité de la servitude à l'affectation normale du fonds d'après sa destination). Ce pouvoir d'appréciation est large et échappera au contrôle de la Cour de cassation dès lors que le juge aura justifié concrètement la manière dont il a entendu appliquer l'article 682 du Code civil en l'espèce.

3) Arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 (n° C.09.0410.F/1, et conclusions de l'avocat général T. Werquin)

C. Synthèse des règles concernant les deux conditions d'octroi de la servitude légale de passage

153. Les deux conditions préalables d'obtention d'une servitude légale de passage, telles qu'énoncées par l'article 682 du Code civil, sont :

1) l'existence du **caractère enclavé du fonds**; l'état d'enclave se définit de façon absolue (*absence de toute issue*¹²²) ou de façon relative (*absence d'issue suffisante*); puisque l'issue doit être suffisante pour le fonds, il convient d'apprécier ce caractère "suffisant" au regard de la situation objective du fonds, mais aussi de son affectation¹²³; le juge du fond exerce une appréciation souveraine en fait à cet égard sous le contrôle marginal de la Cour de cassation;

2) et la prise en considération de **l'affectation normale du fonds en rapport avec sa destination** ; ce qui implique trois sous-éléments : 1) l'existence d'un lien de nécessité ou d'utilité entre la servitude et l'affectation; 2) qui doit être "normale"; 3) et ce d'après la destination du fonds ; analysons ces éléments

i) un rapport de nécessité ou plus généralement d'utilité de la servitude pour le fonds dominant : la servitude doit donc être nécessaire ou utile à celui-ci (cfr. à cet égard, implicitement, Cass. 27 septembre 1990, Pas., 1990, I, p. 78)¹²⁴;

ii) un rapport à l'affectation normale du fonds : le juge du fond apprécie donc si la servitude ne dépasse pas le cadre de l'affectation "normale" et actuelle¹²⁵ du fonds dominant, par rapport au fonds servant; la servitude ne peut ainsi être anormale pour le fonds dominant et le fonds servant; comme le dit très bien la Cour de cassation dans l'arrêt susvisé, le juge apprécie - à nouveau souverainement en fait - si "l'utilisation normale des biens litigieux (...) requiert (ou non) (...) d'y accéder (...)" suivant les modalités postulées par le demandeur à l'action "confessoire" de servitude; il peut en découler l'application d'un *principe de proportionnalité* dans l'appréciation de la balance des intérêts, à savoir entre les avantages retirés par la servitude pour le fonds dominant et les désavantages pour le fonds servant (cfr. également *Décision n° 136*);

¹²¹La Cour rappelle les énonciations du juge du fond : "(...) de sorte qu'une emprise supérieure à la superficie du fonds dominant" serait nécessaire, qu'il n'y a ni garage, ni confort, et que l'acquisition s'est faite à bon marché".

¹²²Suivant une jurisprudence constante, il n'y a pas absence d'issue lorsque le fonds prétendument enclavé jouxte immédiatement d'autres héritages appartenant au même propriétaire et possédant une issue vers la voie publique (cfr. M. Hanotiau, Cours, spéc. p. 406; Civ. Malines, 12 mai 1986, Pas., 1986, III, p. 87). La situation est différente lorsque le propriétaire du fonds enclavé est également simplement copropriétaire du fonds contigu qui jouxte la voie publique : l'enclave n'est alors pas exclue, sauf s'il existe entre les deux fonds une unité d'exploitation (cfr. Civ. Bruges, 21 février 1983, R.W., 1984-85, col. 1717, et note Bruneel).

¹²³Le lien à la seconde condition n'apparaît pas à la lumière de la jurisprudence vue ci-dessus, mais nous paraît s'imposer logiquement.

¹²⁴Cet arrêt ne consacre pas un critère de nécessité stricte de la servitude pour le fonds dominant, comme le soutenait le 2^{ème} moyen qui a été rejeté. L'arrêt est également intéressant en ce qu'il énonce qu'une servitude de passage peut être établie sur un bien du domaine public à condition que la servitude ne soit pas incompatible avec la destination de service public de ce domaine.

¹²⁵Sinon, il y aurait changement d'affectation, ce qui ne se peut.

iii) et un rapport à la “destination” du fonds; la servitude ne peut être octroyée pour une nouvelle affectation (changement d’affectation); mais elle peut l’être eu égard à une mise en valeur du fonds; l’arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 2010 utilise la formule assez extensive renvoyant à “toute mise en valeur que permet la destination du fonds”, même une mise en valeur éventuelle est future; on tiendra compte à cet égard de l’usage du fonds, de sa nature, et ce d’une manière évolutive donc, pour aller à l’encontre de tout immobilisme économique.

Le demandeur à l’action confessoire de servitude légale de passage doit démontrer la réunion de ces deux conditions générales.

II. Régime de la servitude légale de passage sous l’ancien Code

A. Régime d’octroi et d’exercice de la servitude

154. Le régime des servitudes légales de passage découle des articles 682 à 685 du Code civil, d’une part, et essentiellement de l’article 1371*bis* du Code judiciaire quant à la procédure, d’autre part.

Les règles principales de fond sont les suivantes.

1) fixation de l’assiette de la servitude : la règle du passage le moins dommageable : en vertu des articles 683 et 684 anciens du Code civil, le passage devait être pris “du côté où le trajet est le plus court du fonds enclavé vers la voie publique” (article 683) tout en étant “fixé dans l’endroit le moins dommageable à celui sur le fonds duquel il est accordé”; l’article 683 nouveau - loi du 1^{er} mars 1978 - aplanit cette contradiction¹²⁶ en privilégiant à juste titre la deuxième règle : “l’assiette du passage est fixée par le juge de façon (...) qu’il soit **le moins dommageable**” (mis en évidence);

2) indemnisation du propriétaire du fonds servant : en vertu de l’article 682 ancien, repris par l’article 682, par. 1^{er}, nouveau du Code civil - loi du 1^{er} mars 1978 -, le bénéficiaire du droit légal de passage¹²⁷ doit au propriétaire du fonds servant “(...) une indemnité proportionnée au dommage qu’il peut occasionner”, ce qui vise essentiellement la perte de jouissance¹²⁸ (cfr. M. Hanotiau, Cours, spéc. p. 407 et réf.); l’article 685, quasiment inchangé suite à la loi de 1978, précise que “(...) l’action en indemnité, dans le cas prévu par l’article 682, est prescriptible, et le passage doit subsister, quoique l’action en indemnité ne soit plus recevable”;

3) règle spéciale en cas d’état d’enclave résultant d’un acte de vente ou de partage : l’article 683, al. 2, du Code civil, issu également de la loi du 1^{er} mars 1978, a, à nouveau, consacré une jurisprudence antérieure de la Cour de cassation¹²⁹ en prévoyant que : “(...) si l’enclave résulte de la division d’un fonds consécutive à une vente, un échange, un partage ou à toute autre circonstance, le passage ne peut être attribué que sur les parcelles qui composaient ce fonds avant sa division, à moins qu’un accès suffisant à la voie publique ne puisse ainsi être réalisé”, et le juge statue “en équité”; il s’agit ici d’un droit de passage légal¹³⁰ alors que le droit antérieur était qualifié de conventionnel par la jurisprudence¹³¹.

4) règle d’inapplication de la prescription acquisitive : en vertu de l’article 684, § 2, nouveau, “**Aucune**

¹²⁶Que la doctrine (H. De Page, Traité, VI, p. 602) et la jurisprudence (Cass., 15 mars 1974, Pas., 1974, I, p. 736) avaient déjà dépassée en faisant prévaloir la règle de l’article 684 ancien

¹²⁷Notons l’article 682, § 3, nouveau, du Code civil prévoit que l’occupant du fonds enclavé peut agir en reconnaissance de la servitude au profit du fonds enclavé, en cas d’inaction du propriétaire et en appelant ce dernier à la cause.

¹²⁸Il ne s’agit donc pas d’une application directe du principe général du droit de l’enrichissement sans cause qui aurait impliqué une indemnisation sur la base de l’enrichissement retiré dans le cadre du fonds dominant au détriment du fonds servant (ce qui aurait sans doute impliqué une indemnisation plus importante).

¹²⁹Cfr. Cass., 25 mars 1954, Pas., 1954, I, p. 658 et surtout Cass., 3 octobre 1969, Pas., 1970, I, p. 111 et concl. du premier avocat général P. Mahaux : la Cour précise dans cette arrêt la nature contractuelle du droit de passage en question et ajoute que “(...) lorsque ledit droit de passage est éteint par la prescription, de sorte que ce fonds n’a plus d’issue sur la voie publique, le propriétaire de pareil fonds ne peut réclamer un droit de passage qu’en vertu des articles 682 et suivants du Code civil” (voy. aussi Cass., 14 décembre 1962, Pas., 1963, I, p. 461).

¹³⁰Dans le même sens, Cass. fr., 21 juin 1983, Sem. Jur., 1983, IV, p. 279.

¹³¹Cfr. Cass. 3 octobre 1969, Pas., 1969, I, p. 111.

prescription ne peut être invoquée, quelle que soit la durée d'existence du passage"; nous reviendrons *infra*¹³² sur cette importante règle restrictive, qui s'explique par le caractère discontinu de la servitude de passage¹³³, et qui exclut tout à la fois la prescription de la servitude bien sûr, mais aussi la prescription de l'assiette de la servitude et de ses modalités d'exercice un moment admise en jurisprudence, ainsi que la recevabilité des actions possessoires en matière de servitude légale de passage, sauf controverse que nous examinerons *infra*.

155. Des règles nouvelles de compétence et de procédure découlent aussi de la loi du 1^{er} mars 1978. Cette dernière a en effet introduit dans le Code judiciaire des règles de compétence et de procédure importantes en pratique, suivant lesquelles la procédure est introduite sur requête devant le juge de paix du lieu de la servitude (cfr. **art. 1371bis**), après une conciliation préalable obligatoire des parties (cfr. art. 1345); ces règles ne concernent que la servitude légale de passage et non les servitudes établies par le fait de l'homme, telles les servitudes conventionnelles (cfr. Cass., 2 novembre 1987, Pas., 1988, I, p. 265, sommaire).

B. Régime de fin de la servitude liée à l'état d'enclave

1. Règle de base et question

156. En vertu de l'article 684, « *nouveau* », al. 1^{er}, du Code civil, datant de la fin des années 1970 : "*Le passage attribué cesse lorsqu'il n'est plus nécessaire au sens de l'article 682, § 1^{er}, ou lorsqu'il peut être fixé à un endroit qui est devenu moins dommageable que l'assiette assignée*".

Il s'agit d'un cas de *caducité* d'un droit réel, par perte totale ou partielle de l'objet et de la raison essentielle du droit.

Les alinéas 3¹³⁴ et 4 de l'article 684 précisent trois règles : "(1) L'action en suppression ou en déplacement du passage peut être introduite par le propriétaire ou, en cas d'inaction de celui-ci, par l'occupant du fonds dominant ou du fonds servant. (2) L'occupant doit mettre en cause¹³⁵ le propriétaire. (3) Lorsque le passage est supprimé, le juge peut ordonner le remboursement total ou partiel de l'indemnité perçue, compte tenu de la durée du droit et du dommage subi".

157. La **règle de la fin de la servitude par cessation de l'état d'enclave** s'applique uniquement à la servitude légale de passage, mais non à une servitude conventionnelle de passage, cette dernière demeurant soumise au principe de la perpétuité de la servitude, sauf volonté expresse ou tacite mais certaine des parties prévoyant un terme ou une condition résolutoire

Une question parfois délicate qui se pose en ce qui concerne la fin de la servitude légale par cessation de l'état d'enclave, est celle de savoir si cette règle s'applique également dans le cas d'une servitude légale pour laquelle les parties ont précisé par convention les modalités d'exercice de la servitude: la réponse devrait être positive, sauf 1) volonté contraire des parties, et sauf 2) si la servitude peut être qualifiée de servitude conventionnelle, en raison de l'intensité des modifications apportée par les parties à la servitude légale. La jurisprudence de la Cour de cassation nous éclaire au sujet de cette question par une séquence de deux arrêts, à la suite de laquelle nous proposerons une brève synthèse des règles qui en découlent.

2. Jurisprudence de la Cour de cassation

158. Voici les deux arrêts de principe sur ces questions.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 15 janvier 1960 (Pas., 1960, I, p. 546)

Le fonds litigieux était enclavé et avait donné droit à une servitude de passage légale au propriétaire du fonds. Les propriétaires des fonds avaient fixé ensemble par *convention* du 10 janvier 1955 les modalités d'exercice du passage, sans penser à la question de la fin de la servitude. Par la suite, le propriétaire du fonds servant, demanda en justice que soit prononcée la fin de la servitude en invoquant une constellation de faits qu'il reprochait au propriétaire du fonds dominant. Le juge du fond fit droit à l'action en suppression de la servitude, mais suivit une argumentation peu rigoureuse se plaçant sur plusieurs plans : 1) le constat que la servitude avait été utilisée à d'autres fins - transport de bois - que celles prévues; 2) le fait que la servitude avait fait l'objet de "difficultés"; et 3) la cessation de l'état d'enclave impliquant la cessation de la

¹³²En examinant qui devrait être de façon plus générale la question de la prescription acquisitive en matière de servitude.

¹³³Or, comme on le sait, seules les servitudes apparentes et continues peuvent faire l'objet d'une prescription acquisitive (cfr. art. 691 du Code civil).

¹³⁴L'alinéa 2 posant la règle de l'imprescriptibilité de la servitude, et l'on se demande d'ailleurs pourquoi à cet endroit-là, puisqu'elle concerne un mode d'acquisition de la servitude.

¹³⁵"*A la cause*" eut été sans doute meilleur.

servitude.

Le propriétaire du fonds dominant s'est pourvu en cassation en invoquant essentiellement la violation de la convention-loi (art. 1134, al. 1^{er} du Code civil) et la violation de l'article 1184 du Code civil parce que le juge du fond n'avait pas constaté le manquement contractuel qui aurait pu justifier la fin de la servitude pour résolution fautive à sa charge.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

La Cour a fait droit au moyen et a cassé la décision de fond. Elle a d'abord rappelé les énonciations du juge du fond, puis elle a relevé "(...) d'une part, qu'un droit de passage conventionnel ne disparaît pas - comme en matière de droit légal de passage - du seul fait de la disparition de l'état d'enclave; qu'il participe à l'irrévocabilité des conventions et que, partant, sauf stipulations expresses¹³⁶, non visées par le jugement, il subsiste même lorsqu'un état d'enclave antérieur a cessé"; et "(...) d'autre part, que ni un abus, qui selon le jugement n'a pas été effectivement commis ou n'a causé aucun dommage, ni des "difficultés" entre parties, dont la nature, la cause ou les auteurs ne sont point précisés, ne sauraient légalement justifier la décision par laquelle le jugement déclaré résolu la convention accordant un droit de passage aux demandeurs".

Il résulte de cet arrêt que la servitude conventionnelle de passage ne cesse pas avec l'état d'enclave, contrairement à une servitude légale, sauf volonté contraire des parties. Le propriétaire du fonds servant doit penser à cette différence de régime entre la servitude légale et la servitude conventionnelle, et prévoir expressément et certainement que la servitude conventionnelle cessera avec l'état d'enclave, si l'autre partie, propriétaire du fonds dominant, est d'accord.

On peut se demander toutefois si dans l'espèce examinée ci-dessus, la servitude était vraiment une servitude conventionnelle. N'était-ce pas plutôt une servitude légale dont la fixation par les parties des modalités d'exercice, n'avait pas fait perdre le caractère légal.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 14 décembre 1962 (Pas., 1963, I, p. 461)

La servitude de passage était d'origine *conventionnelle* dans cette espèce. Une action en justice portait sur la question de la disparition de cette servitude, qui a été admise par un juge de paix aux termes d'un raisonnement de droit des obligations assez subtil : 1) le juge a constaté que la volonté des parties avait été de faire cesser la servitude avec l'état d'enclave; 2) la volonté tacite mais certaine des parties, résultant de l'exécution que les parties avaient donnée à leur convention, a pu être dégagée par le juge en ce sens: 3) il en a découlé la constatation de l'existence d'une **condition résolutoire tacite** affectant la servitude conventionnelle.

Ce raisonnement fut attaqué par la propriétaire du fonds dominant qui plaida la violation de la convention-loi et de l'irrévocabilité des servitudes conventionnelles.

Arrêt de la Cour de cassation

C'est à juste titre que la Cour de cassation a validé le raisonnement du juge du fond, et a rejeté le pourvoi sur la base d'un pur raisonnement de droit des obligations qui est le suivant :

1) rappel de principe : après référence au contenu de la décision de fond, la Cour rappelle que : "(...) une servitude de passage établie par convention est, en principe, perpétuelle, de sorte que le droit ne s'éteint pas, comme le droit légal de passage, du seul fait de la disparition de l'état d'enclave du fond dominant";

2) exception au principe : "Qu'aucune règle légale ne s'oppose cependant à ce que les parties dérogent à ce principe en affectant le droit du propriétaire du fonds dominant d'un terme ou d'une condition résolutoire et notamment en stipulant, comme en l'espèce, que le droit de passage prendra fin avec l'état d'enclave de ce fonds"¹³⁷;

3) application à l'examen de la décision de fond : "Attendu que, pour décider que (les parties) ont entendu limiter la durée du droit de passage, le jugement ne se fonde pas, comme le suppose le moyen, sur ce que l'établissement d'un droit de passage conventionnel trouve nécessairement sa cause dans le fait de l'enclave et ne peut avoir comme cause et fondement une autre utilité pour le fonds dominant¹³⁸; Qu'il constate que "**l'intention des parties** a été de donner une issue

¹³⁶Ou expression d'une volonté implicite mais certaine, cfr ci-après.

¹³⁷Ce principe correspond à ce que la Cour de cassation a déjà énoncé dans l'arrêt "Pasquier" : cfr. *supra*.

¹³⁸Cet élément de motivation nous amène à constater que selon la Cour de cassation, la servitude de passage conventionnelle ne disparaît pas pour caducité de sa cause, compte tenu de la perte d'utilité de la servitude liée à l'état d'enclave. La raison en est double : 1) d'abord la servitude peut conserver une certaine utilité pour le fonds dominant; 2) ensuite, la disparition de la cause mobile déterminant ne constitue pas en soi une cause de caducité des conventions sauf dans le domaine des libéralités, en particulier testamentaires, sous réserve des controverses en la matière (à ce sujet, cfr. notre note "Clarifications concernant la théorie de la caducité des actes juridiques (...)", R.C.J.B., 2004, p. 7 et s.).

au fonds (dominant) en raison de son état d'enclave", et qu'"il est manifeste qu'il n'y a pas d'autre raison pour consentir un droit de passage"; Que le moyen ne peut être accueilli".

Il convient d'approuver cet arrêt astucieux¹³⁹, qui pourra inspirer les juges du fond dans certaines situations et venir au secours de propriétaires de fonds servants, qui auraient oublié de faire régler expressément par la convention la question de la cessation de la servitude avec l'état d'enclave en en prévoyant expressément ou de façon implicite mais certaine le principe dans la convention.

3. Synthèse des règles applicables au sujet de la fin de la servitude par disparition de l'état d'enclave

159. Tout est question de qualification de la situation sous-jacente et de recherche de la volonté réelle des parties (cfr. art. 1156 du Code civil), au moment de la conclusion de la convention et postérieurement. Les situations suivantes sont à distinguer ;

1) **première situation** : lorsque la **servitude est d'origine légale**, elle prend fin avec l'état d'enclave en vertu de l'article 684, al. 1^{er}, du Code civil, sauf volonté contraire des parties¹⁴⁰; elle n'est donc pas perpétuelle en principe;

2) **deuxième situation** : à l'opposé, lorsque la **servitude de passage est de nature conventionnelle**, elle est perpétuelle en principe et ne prend pas fin avec le possible état d'enclave du fond dominant, mais, à nouveau, sauf volonté contraire des parties ayant prévu expressément ou tacitement mais de façon certaine un terme ou une condition résolutoire¹⁴¹ en tant que modalité de la servitude; signalons par ailleurs qu'un article 710bis du Code civil a été inséré par une loi du 22 février 1983, prévoyant que la suppression de la servitude conventionnelle peut être ordonnée lorsque la servitude a perdu "toute" utilité pour le fonds¹⁴²;

3) **troisième situation (intermédiaire)**: que ce passe-t-il lorsque les parties ont fixé par convention les modalités spécifiques d'une servitude légale de passage - assiette, lieu de passage et autres modalités - ? La servitude est-elle perpétuelle comme une servitude conventionnelle, ou cesse-t-elle avec l'état d'enclave comme la servitude légale ? La réponse à cette question n'est pas donnée directement par les *Décisions* ci-dessus examinées. Il me paraît que la réponse pourrait être la suivante et variera suivant les cas: 1) soit les parties ont réglé expressément ou tacitement, et de façon certaine, cette question, et la solution à lui donner résultera du principe qu'elles auront arrêté par leur convention; 2) soit tel ne sera pas le cas, dans cette hypothèse, le critère qui pourrait être appliqué serait le suivant : si les parties se sont référées expressément ou tacitement mais de façon certaine à la servitude légale de passage du chef de l'état d'enclave, la servitude conservera cette nature et cessera en principe avec l'état d'enclave; si tel n'est pas le cas, la servitude sera conventionnelle et elle ne cessera pas avec l'état d'enclave, sauf à nouveau volonté contraire des parties;

On voit que l'interprétation de la volonté des parties peut être importante, en vertu du droit commun des obligations (cfr. art. 1134, al. 1, et 1156 du Code civil : recherche de la volonté réelle); seront pris en considération d'abord les éléments intrinsèques de la convention, puis des éléments extrinsèques tels que l'exécution donnée par les parties à la convention.

Notons qu'en vertu d'une certaine jurisprudence, si la fonds enclavé obtient un accès vers la voie publique au travers d'un autre fonds, cela peut avoir conséquence l'extinction de la servitude, en tout cas la servitude légale du chef de l'état d'enclave.

¹³⁹C'était surtout la décision de fond qui l'était.

¹⁴⁰Cet article n'étant bien sûr pas d'ordre public comme tout le régime de la servitude légale de passage.

¹⁴¹Tel est l'enseignement de l'arrêt vu *supra*.

¹⁴²Et le juge doit constater cette absence totale d'utilité : cfr. *infra*.

Sous-section 3.2. Les servitudes légales dans le livre 3

A. Eaux : articles 129 et s..

1) Article 3.129. Ecoulement d'eaux entre fonds

160. Cet article arrête un certain nombre de règles en matière d'écoulement d'eaux entre des fonds.

Il est question de « *fonds supérieurs* » et de « *fonds inférieurs* » et d'une interdiction du titulaire du fonds supérieur, d'aggraver « *en quantité ou en qualité* », l'écoulement. Qu'est-ce qu'une aggravation « *en qualité* » ?

Pour le reste, il est renvoyé à l'article qui paraît pertinent.

2) Article 3.130. Réglementation des eaux de source et droits des riverains

161. Cet article organise un régime en matière d'eaux de source et concernant les riverains du cours d'eau. Le titre de l'article pourrait être complété : « *droit des riverains de cours d'eau* ».

Il est renvoyé à cet article qui semble pertinent et judicieux dans le régime qu'il prévoit.

3) Article 3.131. Egout des toits

162. Il est également renvoyé à cet article dont le contenu n'appelle pas l'observation.

B. Distances

1) Article 3.132. Distance pour les fenêtres, ouvertures de murs et autres ouvrages semblables

163. Sous le titre lapidaire « *Distances* », qui aurait mérité d'être précisé, se trouvait ce premier article 3.132. qui vise à remplacer les articles 675 à 680*bis* du Code civil actuel.

Le régime en la matière est considérablement simplifié.

Le § 1^{er} de l'article reprend la règle de la distance minimale d'au moins 19 décimètres devant être respectée pour la réalisation des fenêtres à verre transparent et autres ouvertures ou balcons, terrasses, etc ...

Ce faisant, la disposition concentre en un article, l'énoncé de tout le régime qui antérieurement était développé par plusieurs articles (676 et s.). Il ne reprend pas la distinction entre les vues - ouvertures laissant passer l'air et la lumière - et les jours - laissant passer seulement la lumière.

164. Deux observations s'imposent de façon plus précise mais dans le même ordre d'idée. D'abord, la notion de vue oblique - et la règle des 6 décimètres la concernant, présentant un intérêt pratique évident - est abandonnée. Est-ce volontaire ou le fruit d'un oubli ? Ensuite, la possibilité d'établir des jours à verre dormant (par blocs de verre translucides donc, ce qui peut présenter un certain intérêt en pratique), n'est également plus développée. Est-ce voulu également ou est-ce un oubli ?

165. **Le paragraphe 2 prévoit que le voisin peut exiger l'enlèvement des ouvrages qui ont été érigés en violation de la distance établie par le paragraphe 1er, sauf différentes hypothèses** (dans lesquelles se nicheront sans doute des litiges), dont l'absence de

« *risque* » pour la vie privée, et les bonnes relations de voisinage, etc ..., et l'existence de la fenêtre concernée, ou de l'ouvrage en question, depuis au moins 30 ans.

Cette disposition vise à concentrer en quelques hypothèses un vaste contentieux.

166. Deux questions se posent à son égard.

D'abord, laisse-t-elle encore libre cours à l'**abus de droit** résultant du droit commun ? On peut le penser, car le droit commun n'est pas évacué bien sûr.

Ensuite, quel est le point de départ de la prescription trentenaire ? Il aurait pu s'agir du moment de la construction de l'ouvrage en question. Nous avons vu aussi l'importante jurisprudence analysée *supra*, ayant décidé que ce point de départ résidait dans le moment où le voisin avait « *cessé de tolérer* » la construction litigieuse, de son côté¹⁴³, ce qui concordait en principe avec le moment où lui-même avait construit sur son fonds.

Nous avons toutefois critiqué cette jurisprudence et défendu comme point de départ, l'acte contraire à la servitude, la servitude de vue étant continue.

Le nouvel article 3.126. prend en considération le premier acte de **non-usage**, qui ne sera pas facile à déterminer ou prouver (cfr. *supra*, n° 106).

Le régime nouveau ne contient pas non plus, sauf erreur, de précision sur la question de savoir si le voisin peut toujours construire sur son fonds, en dépit de la vue. Cela doit être possible mais l'on sait que cette délicate question fait intervenir la notion de servitude de prospect, en principe imprescriptible car non apparente, sauf en cas d'**empiètement par l'ouvrage litigieux sur le fonds de voisins** – voy. *supra* également à ce sujet - .

Qu'en est-il à cet égard ? On peut penser que les concepts actuels continueront à s'appliquer mais au bénéfice de la nouvelle notion d'apparence de servitude et avec un point de départ de la prescription à fixer au premier d'usage pour la prescription acquisitive, et au premier non-usage pour la prescription extinctive.

Tout cela devra être clarifié.

2) Article 3.133. Distances de plantations

167. Il est renvoyé à l'article en question qui n'appelle pas l'observation, si ce n'est à nouveau la question de savoir si l'abus de droit s'appliquait en vertu du droit commun, ce qui devrait être le cas.

3) Article 3.134. Branches et racines

168. Il est également renvoyé à cet article.

Notons que la disposition prévoit que le droit de demander l'enlèvement de branches ou racines illégales « *ne peut s'éteindre par prescription* ». Si ce droit est ainsi imprescriptible, il devrait se voir appliquer l'abus de droit, conformément au droit commun. L'attention du législateur doit être attirée sur cet aspect du régime, à nouveau.

¹⁴³ Cfr. *supra*.

4) Section 3. Enclave. Article 3.135. Servitude légale de passage

169. **Cet article aborde le point de départ de l'important régime de la servitude légale de passage.**

170. L'article 3.135. fixe les éléments de base à l'origine de la reconnaissance de la servitude, en fonction de **l'état d'enclave**, qui se manifeste lorsqu'un fonds ne dispose d'aucune issue vers la voie publique, ou ne dispose que d'une issue insuffisante, ce pour l'utilisation normale du fonds d'après sa destination (dite actuelle ou future).

La notion d'état d'enclave relative, dans une situation où le fonds ne dispose que d'une issue insuffisante, est modifiée par rapport au texte actuel car il est prévu que « *l'issue (est) insuffisante (parce qu'elle ne peut) être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs* ».

La notion d'enclave relative est ainsi étendue, notamment en comprenant cette hypothèse où l'issue insuffisante ne pourrait être aménagée sans frais excessifs. Il convient d'en être conscient car il pourrait en résulter un accroissement du contentieux en la matière.

Le § 2 de l'article vise les hypothèses où l'octroi de la servitude est exclu.

Article 3.136. Servitude de passage : acquisition et fixation

171. L'article 3..136. énonce des règles nouvelles en matière d'acquisition et fixation de la servitude.

Il prévoit un nouveau mécanisme, à savoir **le fait que le titulaire d'un droit réel ou personnel d'usage – tel un locataire – en rapport avec le du fonds pourrait, aux mêmes conditions que le propriétaire, « exiger » le passage concerné**, le propriétaire étant appelé à la cause et cette action étant imprescriptible. Une nouvelle action donc ...

Ce nouveau mécanisme engendrera certainement un contentieux fourni. Le substantif « *exiger* » n'était-il pas excessif ? « *Demander* » aurait été meilleur car plus équilibré.

L'alinéa 2 porte sur les modalités de fixation de l'assiette du passage. Il contient quelques imprécisions, telles que l'utilisation de la formule « *à première vue* », concernant l'offre de passage faite par le propriétaire du fonds servant. « *Emettre une première proposition amiable* » aurait été meilleur.

Il est renvoyé à la suite de l'article pour le reste.

Article 3.137. Servitude légale de passage : déplacement et suppression

172. Cette disposition fixe également de nouvelles règles, réécrites par rapport au régime actuel, en tendant à étendre le régime en fonction de nouvelles hypothèses.

Ainsi le paragraphe 1^{er} instaure-t-il un mécanisme de modification éventuelle de l'assiette par le juge. De quel juge s'agit-il – de paix sans doute - et la notion de « *circonstances nouvelles* », est-elle suffisamment précise et claire pour justifier une telle procédure de modification de l'assiette ? Il résultera à nouveau de ces dispositions un accroissement de contentieux en la matière.

Il est renvoyé pour le reste aux dernières dispositions concernées.

Sous-section 4. Extinction des servitudes du fait de l'homme

Sous-section 4.1. Ancien Code civil

Par. 1^{er}. Causes d'extinction visées par le Code civil

173. La matière des servitudes du fait de l'homme se termine dans l'ancien Code civil par une section 4 qui s'intitule "*Comment les servitudes s'éteignent*", et qui comprend des articles 703 à 710*bis*. Il en découle des causes d'extinction visées expressément par le Code, propres en principe aux servitudes du fait de l'homme et qui relèvent soit de mécanismes de droit commun soit de causes spécifiques. S'y ajouteront d'autres causes d'extinction de droit commun.

Ces causes d'extinction des servitudes du fait de l'homme¹⁴⁴ prévues par le Code civil, sont les suivantes, dans l'ordre des articles :

1) **l'impossibilité d'user de la chose et partant de la servitude (art. 703 et 704 du Code civil)** : aux termes de cette disposition, "*Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user*". Il s'agit d'une impossibilité objective d'exercer la servitude en raison de l'état de la "chose", à savoir du bien immeuble, du terrain concerné, qui ne doit pas être confondue avec la cause d'extinction prévue par l'article 710*bis* du Code civil, qui vise l'inutilité **totale** de la servitude (cfr. ci-après). C'est une fausse cause d'extinction et il en découle plutôt une suspension car l'on s'entend à considérer que la servitude continue à exister malgré l'obstacle opposé à son usage, et renaît une fois que cet obstacle cesse (cfr. M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 438; pour un cas d'application, cfr. Civ. Liège, 18 mars 1988, R.G.D.C., 1989, p. 409). En réalité, c'est une suspension d'usage par laquelle l'exercice de la servitude n'est qu'interrompu. Elle pourra toutefois déboucher sur une extinction par prescription extinctive si elle dure trente ans et plus. L'article 704 du Code civil correspond en effet à ces données : "*(Les servitudes) revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user; à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707*";

2) **la confusion, à savoir la réunion de la qualité de propriétaire du fonds servant et du fonds dominant dans le chef de la même personne (cfr. art. 705)** : "*Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunies dans la même main*". Qu'en est-il si les fonds viennent à nouveau à être séparés ? Il faut alors raisonner suivant trois hypothèses : soit le cas rentre dans les prévisions de l'article 694 du Code civil et on lui applique le mécanisme de renaissance de la servitude qui découle de cette disposition (cfr. *supra*, analyse de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 janvier 1943), distinction avec la destination du père de famille); soit tel n'est pas le cas et il est mis fin à la

¹⁴⁴Elles ne s'appliquent pas en principe aux servitudes légales.

confusion par une cause rétroactive de cessation de la situation concernée, la servitude renaît alors par la force des choses¹⁴⁵; soit encore, il est mis fin à la situation de confusion mais par une cause non rétroactive qui est nouvelle et n'efface pas la confusion antérieure, il n'y a pas alors de raison que la servitude renaisse en principe;

3) **la prescription extinctive par non-usage trentenaire de la servitude (art. 706 à 708 du Code civil)** : “*La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans*” (art. 706 du Code civil); cette disposition applique le principe de prescription extinctive - art. 2262 du Code civil - aux servitudes¹⁴⁶, ce qui les distingue de la propriété à caractère perpétuel sans possibilité d'extinction par prescription extinctive¹⁴⁷, tandis que l'**important article 707**, que nous avons déjà étudié (cfr. n° 106), fixe un point de départ de la prescription suivant que la servitude est continue (premier acte contraire à la servitude) ou discontinue (dernier acte de jouissance), et l'article 708 ajoute que le mode de la servitude peut également se prescrire de la même manière par non-usage¹⁴⁸;

4) **la perte totale d'utilité de la servitude pour le fonds dominant (art. 710bis)** : “*A la demande du propriétaire du fonds servant, le juge peut ordonner la suppression d'une servitude, lorsque celle-ci a perdu toute utilité pour le fonds dominant*”. Cet article a été introduit par une loi du 22 février 1983. Il prévoit que la servitude doit avoir perdu “*toute utilité*”. Une interprétation restrictive semble s'imposer donc. Le juge doit constater *in concreto* cette perte totale d'utilité pour en déduire l'extinction de la servitude, telle qu'elle avait été conçue au départ (en cas de servitude conventionnelle). La Cour de cassation a précisé par un arrêt du 28 janvier 2000, que “*décide légalement que la servitude présente toujours une utilité pour le fonds dominant le jugement qui considère qu'elle accroît la commodité du fonds dominant et lui procure une plus-value en permettant un accès plus aisé, voire plus sûr, à la propriété*” (cfr. Rev. not., 2000, p. 226 et note J. Sace), ce qui paraît dans la ligne de la définition de la servitude conventionnelle en tant que service foncier accroissant la commodité d'un fonds, que nous avons vue *supra*, référence à l'arrêt “*Pasquier*”). Mais il faudra toutefois tenir compte de la manière dont les parties auront conçu leur servitude au départ, pour apprécier cette perte d'utilité. La jurisprudence des juridictions de fond statue souvent dans le sens d'une appréciation stricte de la perte d'utilité (cfr. M. Hanotiau, Cours cité, p. 441 et réf.; cfr. Civ. Huy, 3 avril 1985, Pas., 1985, III, p. 48; N. Verheyden-Jeanmart, C. Mostin et P. Coppens, Examen de jur. cité, R.C.J.B., 2000, n° 201, p. 449; et notre Chronique de jurisprudence, Doss. J.T., 63, 2007, n° 222, p. 264 et s., et réf. à la jurisprudence récente).

¹⁴⁵Cfr. M. Hanotiau, Cours cité, spéc. p. 439.

¹⁴⁶Voy. aussi les précisions données par les articles 709 et 710 du Code civil en cas de copropriété portant sur le fonds dominant : “*Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie, appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous*”, et “*Si parmi les copropriétaires il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres*”.

¹⁴⁷Mais, le cas échéant, d'extinction indirecte à la suite d'usucapion par un tiers (cfr. *supra*), mécanisme de droit commun que nous allons aussi rencontrer dans un instant en matière de servitude.

¹⁴⁸Disposition qu'à la différence du droit français, le droit belge applique uniquement à la prescription extinctive, ce qui est son objet premier et même exclusif (à ce sujet, sur la question de la prescription d'une modalité ou de l'assiette d'une servitude de passage, non plus admise en droit belge mais admise en droit français en vertu de l'article 685 du Code civil, cfr. *supra*).

Par. 2. Autres causes d'extinction, de droit commun, non visées par le Code civil

174. Les autres causes d'extinction des servitudes non visées par le Code civil, découlent du droit commun. Elles sont les suivantes¹⁴⁹ :

1) **la survenance du terme extinctif ou de la condition résolutoire** : nous en avons rencontré une illustration remarquable au travers de l'arrêt rendu dans l'affaire Pasquier par la Cour de cassation, le 16 mai 1952 (*Pas.*, 1952, I, p. 597; *supra*; cfr. aussi Cass., 14 décembre 1962, *Pas.*, 1963, I, p. 461) ; ce double mécanisme est important en pratique ;

2) **la prescription abrégée de la propriété par un tiers** : cette cause implique qu'un tiers ait possédé pendant 10 ou 20 ans, de bonne foi et en vertu d'un juste titre, le fonds servant comme étant libre de servitude; la servitude s'éteint alors en vertu des articles 2265 et 2266 du Code civil;

3) **la renonciation à la servitude par le propriétaire du fonds dominant** : voici une autre cause qui découle du droit commun des obligations; elle peut être expresse ou tacite - mais certaine¹⁵⁰ en vertu du principe général du droit suivant lequel les renonciations ne se présument pas et sont d'interprétation stricte -, faite à titre gratuit ou onéreux; elle doit en principe émaner du propriétaire du fonds dominant et ne peut venir du propriétaire du fonds servant : ce dernier ne pourrait en effet libérer son fonds, et indirectement lui-même, par l'expression d'une volonté unilatérale qui priverait l'obligation de lien obligatoire et serait assimilable à une condition, purement potestative prohibée par l'article 1174 du Code civil, *in fine*, analyse de l'arrêt "*Pasquier*", du point de vue de la distinction entre conditions résolutoires impliquant un fait du propriétaire du fonds dominant ou de celui du fonds servant);

4) **la perte de la chose** : cette cause est une application aux droits réels du mécanisme de la caducité des droits et obligations par disparition de leur objet, principe général du droit; elle peut s'appliquer à la disparition matérielle (par destruction de bâtiments par exemple, sauf si les choses se trouvent en tel état que l'on puisse encore en user (cfr. Civ. Verviers, 30 juin 1924, J.C.L., 1924, p. 242), ou juridique (par exemple une expropriation pour cause d'utilité publique qui rend impossible la persistance de la servitude), frappant le fonds servant en particulier.

¹⁴⁹La présente liste ne se veut pas totalement exhaustive et renvoie aux principaux mécanismes susceptibles d'être rencontrés en pratique.

¹⁵⁰Cfr. J. P. Nivelles, 11 février 1981, J.T., 1981, p. 539.

Sous-section 4.2. Extinction des servitudes de l'homme dans le livre**3**

175. Il est renvoyé aux développements déjà faits *supra* à ce sujet - cfr. n° 105 et s. -, le régime des servitudes du fait de l'homme étant devenu le régime de droit commun.

Chapitre 5. L'emphytéose

Rmq. préliminaire.

176. Avec l'emphytéose et la superficie, nous avons deux droits très anciens, régis non par le Code civil de 1804 mais par deux loi hollandaises, intégrées dans notre droit, de janvier 1824, qui ont été repris par le livre 3 et dynamisés sur bien des points, mais heureusement par quelques articles essentiels chaque fois. Nous planterons d'abord le décor de 1824, qui est celui actuellement en vigueur puis verrons synthétiquement les modifications apportées par le livre 3. Nous nous attarderons surtout sur la superficie présentant quelques beaux arrêts de principe et faisant intervenir la notion de « *volume* ».

Commençons par l'emphytéose

Section 1. Le régime sous la loi ancienne du 10 janvier 1824 (applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du livre 3¹⁵¹)

Sous-section 1. Notion, cadre général et schéma explicatif (régime)

Par. 1. Notion et contexte

I. Notion

177. L'emphytéose est le sixième et dernier droit réel, hors les sûretés réelles, admis et organisé en droit belge. Comme la superficie, ce droit découle d'une loi hollandaise : la deuxième du genre, du 10 janvier 1824 "*concernant le droit d'emphytéose*" (cfr. *Journal Officiel des Pays-Bas*, XIX, n° 14 de 1824)¹⁵².

L'article 1^{er}, alinéa premier, de cette loi définit comme suit le droit d'emphytéose : "*L'emphytéose est le 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*" (nous soulignons).

L'article 2 ajoute que : "*L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans*".

Cet article est d'ordre public.

La **notion d'emphytéose l'est également** en vertu du principe du « *numerus clausus* » (elle est impérative sous le livre 3, en tant que définition : cfr. art. 3.1.).

¹⁵¹ Outre l'application des dispositions transitoires concernées qui auront pour conséquence que l'ancienne loi continuera à s'appliquer pour les actes anciens, **sauf volonté contraire des parties tendant à se soumettre au nouveau Code civil, ce qui sera sans doute à conseiller**, après avoir vérifié attentivement le contenu du bail emphytéotique concerné.

¹⁵² Au sujet des travaux préparatoires, de peu d'intérêt à nouveau, comme en matière de superficie, cfr. *Pasin.*, 1824, p. 437 et s., sauf à remonter aux travaux préparatoires des lois hollandaises elles-mêmes.

L'emphytéose est dès lors un droit essentiellement immobilier et temporaire. Elle est un droit de « *jouissance* » portant sur un immeuble appartenant à autrui (« *ius in re aliena* »), et dans cette mesure constitue un **démembrement de la propriété**.

Le titulaire de l'emphytéose est dénommé « *emphytéote* ». L'origine du mot renvoie au grec et au droit grec cette fois : dans ce droit, l'emphytéose permettait à l'emphytéote de planter sur, dans le fonds concerné appartenant à autrui, fonds au départ rural et corporel (« *emphyteuein* » voulant dire planter dans). Il s'agissait un droit de jouissance permettant de planter et d'exploiter le fonds sur le plan agricole essentiellement. Le droit est apparu en Grèce puis s'est développé en droit romain également.

Le droit a connu une extension remarquable dans son économie générale. Il en résulte que l'emphytéote exerce son droit sur l'immeuble d'autrui. Ce dernier est parfois appelé nu-propiétaire (cfr. N. Verheyden-Jeanmart, *V° "Emphytéose", R.P.D.B., Complément*, t. IX, Bruylant, 2004, spéc. n° 9), car le droit d'emphytéose est un droit de jouissance, à l'instar de l'usufruit, mais beaucoup plus large. Le propriétaire donne quasiment toujours le bien en emphytéose dans le cadre d'une convention que l'on qualifie de bail emphytéotique. Il est dénommé dès lors aussi bailleur emphytéotique. Telle est la dénomination que nous utiliserons en ce qui le concerne ci-après, avec celle de propriétaire du fonds (la loi le dénomme en effet quant à elle « *propriétaire* » ; on verra apparaître la notion de « *constituant* » : cfr. art. 3.168.).

178. L'emphytéose se distingue de la superficie, en tout cas dans l'ancien régime, par quatre traits importants qui font qu'elle est à la fois plus large et plus restreinte que cette dernière, que nous développerons *infra* ; un 5^{ème} élément crée un cadre commun avec la superficie :

1) l'emphytéose est un **droit de jouissance** et non un droit de propriété;

2) mais elle peut porter sur un **immeuble**, notion plus large que celle de « *fonds* » (au sujet de cette dernière, cfr. *supra*, mais attention à la modification par le livre 3 : cfr. art. 3.47, intégrant le « *volume* » dans la notion d'immeuble par nature définie comme « *fonds* »), et comprenant celle d'immeuble incorporel en principe (une emphytéose sur une superficie est donc en principe possible, ce qui sera modifié par le livre 3 restreignant la notion à celle d'immeuble par nature;

3) d'autre part, elle ne connaît pas la limitation horizontale dans l'espace qui est en principe celle de la superficie (et s'arrête au sol, du moins au début de l'élaboration de la notion, pour cette dernière);

4) enfin sa durée pouvait atteindre 99 ans, ce qui est presque deux fois plus long que la durée maximale de la superficie (sauf renouvellement de celle-ci, ce qui n'est pas prévu pour l'emphytéose) ;

5) L'emphytéose implique toutefois – élément en quelque sorte commun avec la superficie – et s'ajoutant à la dimension de droit de jouissance de l'emphytéose, de façon très importante en pratique, une **superficie-conséquence** :

l'emphytéote peut en effet construire sur l'immeuble pendant la durée de son droit¹⁵³ et il est propriétaire de ses constructions, ouvrages et plantations jusqu'à la fin de l'emphytéose, moment auquel se produit une *accession différée* au profit du propriétaire du fonds, sans indemnité en principe.

II. Réalité pratique et législation

179. L'emphytéose fait quasiment toujours, en pratique, l'objet d'un bail emphytéotique. Si elle remonte à l'Antiquité grecque, en tant que technique juridique de mise en valeur des fonds ("*emphyteuo*" signifiait « planter », plus précisément « améliorer par des plantations »; cfr. H. De Page, *Traité, op. cit.*, t. VI, éd. 1943, spéc. n° 698, au sujet de l'origine et de la raison d'être du droit), elle s'est développée en droit romain, puis dans l'Ancien droit et a finalement été reconnue par la loi hollandaise de 1824.

L'emphytéose constitue – avec la superficie d'ailleurs - un outil juridique que les pouvoirs publics ont utilisé fréquemment ces dernières décennies pour mettre en valeur leur propriété immobilière. Il en va de même des investisseurs privés. Le livre 3 donne encore de multiples coups de pouce à ce développement positif de l'emphytéose. Il y a aussi l'intérêt fiscal présenté par les droits réduits d'enregistrement sur les constitutions / cessions d'emphytéoses et superficie (2 % en principe, au lieu de 12, 5 %, sous réserve de plus de précisions).

180. L'on ne peut donc souscrire à l'analyse ancienne de F. Laurent suivant laquelle l'emphytéose serait devenue "*un dernier débris d'une tradition séculaire*" (cfr. Principes de droit civil, t. V., Bruxelles, Bruylant, 1876, n° 345). Cette analyse ne valait plus au 20^{ème} siècle, et encore moins au 21^{ème}.

Le droit d'emphytéose est devenu un instrument très actif et efficace de mise en valeur de la propriété immobilière, *a fortiori* au 21^{ème} siècle. La dimension fiscale du recours à l'emphytéose y est bien sûr aussi pour quelque chose (cfr. ci-après, développements consacrés au leasing immobilier).

Outre la loi du 10 janvier 1824, il convient de signaler que la loi hypothécaire a visé l'emphytéose à l'article 45, 2^o¹⁵⁴, en tant que l'un des droits pouvant faire l'objet d'hypothèques.

Une loi du 15 mai 1955 est par ailleurs intervenue pour "péréquater" ou indexer, dans une certaine mesure, les baux emphytéotiques conclus avant le 1^{er} janvier 1956 (cfr. Mon. B., 18 mai 1955), en ayant été modifiée par une loi du 2 juillet 1974 quant aux coefficients de péréquation.

III. Comparaison avec le leasing immobilier (location-financement) qui peut impliquer le recours à l'emphytéose

181. Le leasing immobilier est une opération complexe qui implique un recours soit à un contrat de bail de droit commun, bien entendu adapté à l'opération, soit à un contrat de bail emphytéotique.

¹⁵³ Droit qui fera l'objet très souvent dans les contrats, obligeant parfois l'emphytéote à construire – le droit devient donc obligation -, tel ou tel bien, suivant telles ou telles spécifications : cfr. *infra*, affaire « Soc. Boverie – Holyday Inns c./ Ville de Liège », p. 113 et s.)

¹⁵⁴ "Sont seuls susceptibles d'hypothèques « (...) 2° les droits d'usufruit, d'emphytéose et de superficie établis sur les mêmes biens pendant la durée de ces droits. L'hypothèque acquise s'étend aux accessoires réputés immeubles, et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué (...)".

Le leasing immobilier est une opération plus vaste que le bail emphytéotique, qui se justifie essentiellement par des considérations fiscales. Le but du leasing est de permettre au preneur en leasing - “*lessee*” en anglais - d’effectuer une opération d’acquisition d’un immeuble, ou de construction, en étalant sur une longue période son investissement; il conclut une convention avec une société de financement, donneur en leasing - “*lessor*” -, pour financer l’opération. Le donneur en leasing devient propriétaire du bâtiment acquis ou construit suivant les spécifications du preneur. Ce dernier paie des loyers ou redevances et obtient en contrepartie un droit de bail ou d’usage sur le bâtiment pendant toute la durée contractuelle. A la fin de l’opération, il peut acquérir l’immeuble en levant une option d’achat.

L’opération est intéressante sur le plan fiscal essentiellement, plus précisément en droit de la T.V.A. car la mise en jouissance d’un bâtiment par le biais d’un contrat de leasing immobilier, ne bénéficie pas de l’exemption générale applicable aux locations d’immeubles par nature, ce qui a pour conséquence : 1) que le contrat de leasing immobilier est en principe soumis à la T.V.A.; mais aussi : 2) dès lors, que le “*lessor*” puisse déduire en amont toute la T.V.A. qu’il a dû supporter pour la construction ou l’acquisition du bâtiment.

Le contrat de leasing immobilier est donc défini dans le droit de la T.V.A., sur la base de l’article 44, § 3, 2°, b), du Code belge de la T.V.A., lequel pose la règle de non-exemption des “locations-financements d’immeubles consenties par une entreprise pratiquant la location-financement d’immeubles ou la location qualifiée de leasing immobilier (...)”, à certaines conditions.

Le leasing immobilier, ou contrat de location-financement d’immeuble, est ainsi un contrat qui réunit les *caractéristiques suivantes* : il est conclu entre le “*lessor*” et le “*lessee*”, le premier mettant le bâtiment concerné à disposition du premier, pendant une durée convenue à la fin de laquelle le “*lessee*” a la faculté d’acquérir la propriété du bien, moyennant le paiement d’un prix fixé par la convention, correspondant normalement à la valeur résiduelle du bien.

L’emphytéose est l’un des mécanismes juridiques auxquels il peut être recouru pour faire une opération de leasing immobilier. Il faut bien sûr respecter la notion même d’emphytéose et les règles de durée, relevant de l’ordre public, qui la gouvernent (cfr. *infra*).

Par. 2. Objet de l’emphytéose

I. La notion générale d’“immeuble” : immeuble corporel et incorporel

182. Il faut se tenir à la notion légale d’emphytéose. Le législateur vise un droit de « *jouissance* » de longue durée constitué sur un “*immeuble*” (alors que la loi sur la superficie vise la notion de “*fonds*” : cfr. *infra*).

Il ne faut pas trop restreindre non plus la notion légale. Il nous semble que l’emphytéose peut porter sur des immeubles corporels et incorporels. Nous souscrivons donc aux analyses raisonnablement extensives, entre autres, de Mmes N. Verheyden-Jeanmart (cfr. R.P.D.B., Compl. IX, V° *cit.*, spéc. n° 9) et C. Mostin (cfr. Rép. Not., *op. cit.*, spéc. n° 18) qui défendent, contre Mme P. Lecocq (cfr. “Superficie et emphytéose”, étude citée, spéc. p. 146) notamment¹⁵⁵, la possibilité de créer des sous-emphytéoses : l’emphytéote peut lui-même concéder un droit d’emphytéose; une emphytéose portant sur un droit d’emphytéose ne me paraît pas exclue par la loi, laquelle revêt d’ailleurs un caractère supplétif¹⁵⁶. Ce type de raisonnement ne sera toutefois plus possible dans le cadre du livre 3 (cfr. nouvelle notion : art. 3.167., centrée sur l’immeuble par nature ou par incorporation).

183. Ce type de droit ne porte pas atteinte à la notion légale d’emphytéose qui n’est pas restreinte aux immeubles corporels, en l’article 1^{er} de la loi, même si l’optique première de cette dernière a été d’organiser concrètement le

¹⁵⁵Cfr. les auteurs cités par Mme le professeur N. Verheyden-Jeanmart, au n° 9 du V° précité.

¹⁵⁶Sauf quant à la durée du droit.

droit, ce qui a été fait au premier chef dans le cadre d'un droit de jouissance et d'une propriété de type corporel (cfr. art. 3 et 4 de la loi). L'article 6 de la loi prévoit d'ailleurs que l'emphytéote peut aliéner son droit : pourquoi ne pourrait-il pas dès lors constituer une sous-emphytéose en vertu de ce dernier (on pourrait soutenir : "*Qui peut le plus peut le moins*") ?

II. La question de l'emphytéose portant sur des volumes d'air

184. L'emphytéose peut-elle porter sur des volumes d'air dans le système de l'ancien Code civil?

Ainsi posée, la question paraît étrange. Nous y répondrons positivement comme suit, en faisant preuve de prudence toutefois.

Pour peu qu'il y ait un rattachement concret du droit concédé à une base immobilière, nous ne voyons pas pourquoi l'on ne pourrait pas conférer un droit d'emphytéose qui porterait sur des volumes d'air, plus précisément sur un certain volume se trouvant sur et/ou au-dessus d'un fonds, et pouvant accueillir des bâtiments futurs. Ce qui peut être fait en vertu d'un droit de superficie (donnant lieu à une superficie de 50 ans renouvelable, peut aussi être fait dans le cadre de ce droit différent qu'est l'emphytéose, lequel implique d'ailleurs une superficie-conséquence. Le droit de jouissance en question, et la superficie-conséquence liée, auront alors une durée allant de 27 à 99 ans.

Mais nous connaissons par ailleurs l'enseignement restrictif de l'arrêt de la « *Résidence Picasso* » (cfr. *supra*, n° 69, et *infra*, nouvelle analyse en matière de superficie) : prudence donc si le droit réel porte sur un pur volume d'air ce qui ne se peut sous l'ancien Code.

Le Livre 3 tentera de régler ce problème essentiellement du côté de la superficie (cfr. art.3.177. ; + **régime de la superficie-conséquence – art. 3.182. -, présente dans l'emphytéose**).

Par. 3. Eléments constitutifs essentiels et caractères du droit d'emphytéose

I. Eléments constitutifs essentiels du droit d'emphytéose

185. Sur la base de la définition légale rappelée ci-dessus, les éléments constitutifs essentiels de l'emphytéose sont au nombre de quatre :

1) le droit d'emphytéose est un ***droit de jouissance*** non à proprement parler une propriété temporaire, comme la superficie;

2) portant sur un ***immeuble, corporel ou incorporel***, appartenant à autrui;

3) moyennant le paiement d'une contrepartie financière périodique à autrui, appelé ***canon*** : le canon est donc un élément constitutif essentiel de la notion, ce qui ne sera plus le cas dans le cadre du livre 3 : cfr. notion d'emphytéose à l'art. 3.167.;

4) le droit est ***essentiellement*** limité dans le temps (27 ans minimum et

99 ans maximum, sous réserve de précisions qui seront apportées *infra* ; et nouveau système de l'article 3.169. : 15 à 99 ans + cas de perpétuité).

II. Caractères du droit d'emphytéose et du contrat de bail emphytéotique

186. Le droit d'emphytéose présente **cinq caractères** qui découlent de sa définition et de ses éléments constitutifs essentiels :

Il est :

1) un droit **réel**, d'où les conséquences générales attachées au régime des droits réels que nous avons revu au sujet de la superficie ;

2) un droit réel **démembré**, dans un sens différent de ce que nous avons vu pour la superficie ; le démembrement est en effet ici substantiel dans la mesure où il crée une confrontation de droits entre l'emphytéote d'une part, titulaire du droit de jouissance, et le bailleur emphytéotique, titulaire de la propriété résiduaire ou nue-propriété ;

3) un droit réel **de jouissance**, qui implique toutefois, dans une certaine mesure, un droit de propriété-conséquence, plus précisément un droit de superficie-conséquence portant sur les immeubles, ouvrages ou plantations que fera l'emphytéote dans le cadre de son droit, sous réserve de convention plus précise des parties ;

4) un droit essentiellement **immobilier**, d'où les mêmes conséquences que celles qui sont classiques et que nous reverrons pour la superficie : opposabilité aux tiers moyennant transcription préalable¹⁵⁷ ; prescriptibilité acquisitive du droit et, par conséquent, protection possessoire possible ; prescriptibilité extinctive aussi en cas de non-usage) ;

5) enfin, un droit **essentiellement temporaire**, d'une durée minimale de 27 ans et maximale de 99 ans (cfr. art. 2 de la loi ; pour les règles précises en matière de durée du droit ; + art. 3.169. 15 à 99 ans)).

187. Le contrat de bail emphytéotique, très fréquent en pratique, présente les caractères suivants, qui sont les mêmes que le bail de superficie : il est donc 1) synallagmatique parfait car impliquant des obligations dans le chef des deux parties, même si les obligations du propriétaire du fonds sont réduites à peu de chose ; 2) à titre onéreux ; 3) à durée déterminée ; et 4) à prestations successives dans le temps.

188. Découle de ces caractères l'application des règles de droit commun attachées aux contrats concernés, telles que : 1) l'application du pacte commissoire tacite (art. 1184 du Code civil), découlant du caractère synallagmatique du contrat, sous réserve de controverse à cet égard (cfr. *infra*) ; et 2) l'absence de caractère rétroactif de la résolution éventuelle du bail, découlant de la nature de convention à prestations successives dans le temps, qui caractérise le bail.

Sous-section 2. Régime de l'emphytéose

189. Nous nous bornerons ici à l'essentiel et concentrerons notre attention plus en profondeur, plus loin, sur le régime du livre 3.

¹⁵⁷Cfr. l'article 1^{er}, al. 2 de la loi : "Le titre constitutif de ce droit devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés".

Relevons les aspects principaux qui permettent de construire le schéma explicatif de l'emphytéose et voyons un ou deux arrêts intéressants.

190. Les éléments suivants doivent être soulignés :

191. 1) **modes de constitution** : l'emphytéose est constituée de la même façon que la superficie, la renonciation à l'accession mise à part, et ce par :

a) **titre**, à savoir par **convention** - *bail emphytéotique* - ou par **testament** ce qui est beaucoup plus rare ; les conventions, qui sont le fruit de la pratique notariale dans ce domaine, sont particulièrement importantes en pratique, la loi de 1824 ayant par ailleurs une portée supplétive de la volonté des parties, sauf la notion même d'emphytéose et les règles de durée qui sont en principe d'ordre public;

b) et, beaucoup plus rarement, par **prescription acquisitive**, sur pied de l'article 2262 (prescription trentenaire) ou de l'article 2265 (prescription abrégée) du Code civil.

192. 2) l'**opposabilité aux tiers** est assurée par la transcription de l'acte en vertu de la loi hypothécaire et de l'article 1^{er}, al. 2 de la loi du 10 janvier 1824 ("*Le titre constitutif de ce droit devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés*") (cfr. aussi, art. 1^{er} de la loi hypothécaire)) (nous terminerons le cours par les éléments de base concernant la publicité foncière dans le livre 3).

193. 3) **durée** :

a) **principe de base** : selon l'article 2 de la loi, rappelons-le : "*L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf années, ni au-dessous de vingt-sept ans*", cette disposition est **d'ordre public** et elle est la seule à revêtir cette portée dans la loi sur l'emphytéose¹⁵⁸ ; elle tranche avec le droit romain et l'Ancien droit qui admettaient des emphytéoses à caractère perpétuel (cfr. H. D Page, *Traité, op. et loc. cit.*, spéc. n° 700)¹⁵⁹ – **que nous allons retrouver dans le livre 3 aux fins de domanialité publique** -; son objectif est / était le même qu'en matière de superficie : permettre la circulation et la mise en valeur des fonds et empêcher dès lors la paralysie totale des propriétés - rejet de la mainmorte - et les situations d'inaliénabilité.

¹⁵⁸Cfr. l'important art. 17 de la loi : "*Les dispositions du présent titre n'auront lieu que pour autant qu'il n'y aura pas été dérogé par les conventions des parties, sauf la disposition de l'article 2 du présent titre*". La notion même d'emphytéose est aussi d'ordre public en vertu du principe général du droit du "*numerus clausus*" des droits réels (cfr. *supra*).

¹⁵⁹Au sujet du mécanisme du rachat des baux emphytéotiques conclus à perpétuité sous l'Ancien régime, moyennant le paiement d'une rente perpétuelle au tréfoncier selon l'article 530 du Code civil, mécanisme qui ne trouvera plus à s'appliquer de nos jours, selon toute vraisemblance, cfr. C. Mostin, *op. cit.*, Rép. Not., spéc. n° 26.

b) précisions les règles de durée doivent par ailleurs être précisées comme suit :

- quelle serait la sanction d'une emphytéose inférieure à 27 ans ou supérieure à 99 ans ? La doctrine considère que, dans le premier cas, l'emphytéose sera normalement disqualifiée en bail ordinaire¹⁶⁰, et, dans le second, elle sera réduite à 99 ans (à ce sujet, cfr. C. Mostin, *in Rép. Not., op. et loc. cit.*, spéc. n° 20). Ces sanctions modérées, qui découlent de ce que seule la clause illégale relative à la durée est annulée, doivent être approuvées ;

- l'article 2 est précisé par l'article 14 de la loi en ces termes : "*L'emphytéose éteinte par l'expiration du temps ne se renouvelle pas tacitement, mais elle peut continuer d'exister jusqu'à révocation*". La tacite reconduction de l'emphytéose est donc exclue **au terme de 99 ans**¹⁶¹. Si l'emphytéote est laissé dans les lieux, il convient de distinguer deux hypothèses : 1) soit, il en a été ainsi sans volonté de *nover* - "*animus novandi*" - de la part des parties, et le contrat perdurera jusqu'à la "révocation"¹⁶² demandée par le propriétaire, dont il nous paraît qu'elle devrait impliquer un préavis et une motivation raisonnable¹⁶³, et ne pas être exercée de façon abusive; 2) soit l'emphytéote et le propriétaire ont eu une volonté certaine de "*nover*" le contrat; il appartiendra à l'emphytéote qui se prévaudrait de cette novation, de prouver la volonté de "*nover*" des parties (cfr. art. 1273 du Code civil ; la novation ne se présume pas¹⁶⁴), ayant justifié son maintien en possession (cfr. Civ. Termonde, 17 novembre 1950, *R.W.*, 1950-1951, col. 551)¹⁶⁵;

- il se comprend dès lors qu'une clause qui prévoirait un renouvellement automatique de l'emphytéose au terme de 99 ans, serait illégale et frappée de nullité en principe absolue;
- mais *quid* si un renouvellement est prévu de façon automatique dans le cadre d'une emphytéose d'une durée inférieure à 99 ans ? Pour peu que cette dernière durée maximale ne soit pas dépassée, une tacite reconduction pourrait sans doute opérer. Ainsi, a été admise la validité d'une clause prévoyant la tacite reconduction pour 49 ans d'une emphytéose de 50 ans (cfr. Gand, 21 avril 197, *Res et jura imm.*, 1978, n° 5658), ou d'une clause prévoyant qu'une emphytéose de 29 ans peut être renouvelée tacitement pour une nouvelle durée de 29 ans (mais un seul renouvellement semblait avoir été voulu par les parties; cfr. Gand, 11 février 1909, *Pas.*, 1910, II, p. 32) (à ce sujet, cfr. C. Mostin, *op. cit.*, spéc., n° 25). N'oublions pas d'autre part que la tacite reconduction pourrait être considérée, en droit commun, comme étant à l'origine d'une nouvelle emphytéose¹⁶⁶; les parties et leurs conseillers y prêteront attention car l'apparition d'un nouveau contrat pourrait impliquer des conséquences

¹⁶⁰Sauf si le contrat présente toutes les caractéristiques d'une emphytéose. L'on pourrait alors le prolonger jusqu'au terme de 27 ans et ne pas le disqualifier. Je souscris au analyses de C. Mostin à ce sujet, cfr. *Rép. Not., op. et loc. cit.*, spéc. n° 21 et 22.

¹⁶¹Mais non avant, dans les limites de la durée totale de 99 ans : cfr. ci-après.

¹⁶²En réalité, une forme de résiliation unilatérale.

¹⁶³Cr l'on est très proche de la situation d'un contrat à durée indéterminée auquel chaque partie peut mettre fin.

¹⁶⁴Cfr. l'étude à paraître Mme A. F. Belle et du soussigné sur le sujet : « *Les arcanes baroques d'un principe général du droit « La renonciation ne se présume pas »* », et ses rapports avec la novation (dont les explications de l'article 1273 du Code civil).

¹⁶⁵Attention aussi aux effets perturbants d'une éventuelle novation, comme l'extinction des accessoires telles les hypothèques; à ce sujet, cfr. aussi *infra*, examen de l'affaire Kinvest.

¹⁶⁶A ce sujet, dans la matière des clauses de tontine et d'accroissement, cfr. Y.-H. Leleu, "Clauses de tontine ou d'accroissement temporaire et renouvelable : une grande complication inutile", *Rev. not. belge*, 2001, p. 78 et s., spéc. n° 6, p. 80; et mon étude, "Actualité du droit de la tontine et de la clause d'accroissement", *C.U.P.*, 113, *Copropriété*, 2009, Anthémis, spéc. n° 23.4. à 23.7., p. 61 et s.

imprévisibles (en ce compris sur les éléments accessoires du contrat ou de l'emphytéose), non voulues par les parties (cfr. aussi *infra*);

- *quid* enfin des **clauses dites “novatoires”**, qui ont pour objet de prévoir un renouvellement de l'emphytéose au profit d'un tiers cessionnaire, de façon anticipée, ce qui rend parfois plus aisée une éventuelle cession de l'emphytéose avant terme puisque le sort des constructions est sécurisé pour le cessionnaire dans le cadre d'une nouvelle emphytéose¹⁶⁷ ? **La validité de ce genre de clause est largement et fortement mise en doute par la doctrine pour un risque de contrariété à l'article 2 de la loi, de nature impérative ou d'ordre public**, qui paraît en effet exister (cfr. N. Verheyden-Jeanmart et C. Mostin, *v° cit.*, R.P.D.B., compl. IX, Bruylant, 2004, spéc. n° 26 à 29; C. Mostin, *op. cit.*, Rép. Not. spéc. n° 27 et 28; *contra* F. Haumont, “Les instruments juridiques de la politique foncière”, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 319, promoteur de, et favorable à, la clause). La jurisprudence n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer au sujet de la validité de ce type de clause, à notre connaissance;

- les parties peuvent-elles mettre fin anticipativement à l'emphytéose, avant le terme de 27 ans, par “*mutuus dissensus*” (cfr. **art. 1134, al. 2, du Code civil**) ? il semble qu'il faille répondre négativement à cette question car il serait ainsi porté atteinte à la règle du minimum¹⁶⁸; toutefois, si cette résiliation bilatérale anticipée devait être sans conséquence dommageable pour les tiers et être justifiée par un motif légitime, on ne voit pas pourquoi il faudrait forcer les parties à demeurer sous les liens d'un contrat et d'un droit dont elles ne veulent plus et qui ne correspond plus à leurs souhaits¹⁶⁹. D'autre part, à partir du terme minimal de 27 ans, il paraît tout à fait admissible que les parties puissent résilier bilatéralement l'emphytéose si elle le souhaite et que cela ne porte pas atteinte à des droits acquis de tiers (à ce sujet, cfr. aussi *infra*);

- autre belle question : l'emphytéote peut-il **abandonner son emphytéose** en exerçant à son égard la faculté d'abandon ? Si l'on conçoit cette dernière comme applicable à tous les droits réels, ce qui est notre thèse, cela est possible, mais cet abandon ne pourra, bien sûr, pas porter préjudice au sort des obligations existantes de l'emphytéote sur le plan contractuel vis-à-vis du propriétaire, car le débiteur ne peut être déchargé de ses obligations que de l'accord du créancier ; le propriétaire pourrait exclure contractuellement la possibilité pour l'emphytéote d'abandonner son emphytéose, ou d'y renoncer, sans son accord.

194. **4) Droits : les droits de l'emphytéote**, en distinguant à nouveau les droits sur les biens, des droits et prérogatives sur l'emphytéose, sont les suivants :

¹⁶⁷Voici un exemple de clause favorable à l'emphytéote, trouvé dans le Rép. Not., sous la plume de Mme C. Mostin (*ibidem*, spéc. n° 27) : “*Au cas où l'emphytéote voudrait céder son droit, le propriétaire s'engage, si l'emphytéote le lui demande, à mettre fin au présent contrat par anticipation et de commun accord et à accorder au tiers désigné par l'emphytéote ou à ses héritiers, un nouveau droit d'emphytéose sur le même bien et aux mêmes conditions sous réserve de ce qui est dit ci-après. Le propriétaire ne pourra refuser de faire droit à cette demande que s'il justifie de son intention de disposer lui-même du bien pour ses propres besoins. Ce refus entraînera pour lui l'obligation à l'expiration du contrat de payer à l'emphytéote la valeur vénale à dire d'experts des constructions et plantations régulièrement réalisées par ce dernier. En outre, à condition de notifier sa volonté au propriétaire dans les trois mois du refus de celui-ci, l'emphytéote pourra exiger qu'il soit mis fin par anticipation, au contrat et que le propriétaire l'indemnise de la manière prévue au paragraphe ci-dessus*”.

¹⁶⁸Les parties pourraient prévoir une condition résolutoire susceptible de se réaliser avant la date de 27 ans, si elle est indépendante de leur volonté, en partie du moins (condition casuelle) et n'est pas un pur mécanisme de “*mutuus dissensus*” (cfr. *infra*).

¹⁶⁹Mais attention car la règle de durée est d'ordre public et pourrait être soulevée d'office par un juge saisi d'une contestation en rapport avec l'emphytéose.

4.1.) Droits sur les biens :

a) **droit réel de jouissance sur l'immeuble faisant l'objet de l'emphytéose** : par définition et de façon générale, l'emphytéote est titulaire d'un vaste droit de jouissance dans le cadre de son emphytéose sur l'immeuble qui en est l'objet, fonds, bâtiments ou tout type d'immeuble corporel ou incorporel. Le droit de jouissance est très largement défini par l'article 3, alinéa 1er, de la loi de 1824 : "*L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds, mais il ne peut rien faire qui en diminue la valeur*" (cfr. aussi *infra*, livre 3 art. 3.167., al. 2) ; l'assimilation par cet article de l'emphytéose à une propriété est sans doute excessive ; parlons plutôt, pour demeurer précis, de jouissance au sens large (une forme de large usufruit), car le propriétaire du fonds garde l'abusus. Les autres droits de l'emphytéote en découleront par ailleurs;

b) découle d'abord du droit de jouissance au sens large, un élément qui est le coeur de la jouissance, à savoir l'**usus** de l'immeuble en question. S'y ajoute la possibilité de percevoir les fruits de l'immeuble, le **fructus** donc ; distinguons :

i) dans le cadre de sa **jouissance ("usus")**, l'emphytéote peut accomplir tous *actes matériels* de jouissance; il peut donc :

- poser des actes d'amélioration de l'immeuble;
- poser des actes de construction sur l'immeuble : il sera principe propriétaire de ces constructions pendant toute la durée du droit, jusqu'à l'accession différée en fin de droit au profit du propriétaire du fonds. L'on peut parler à cet égard d'une **superficie-conséquence** dans son chef, de la durée de l'emphytéose ; si l'emphytéote s'est engagé vis-à-vis du propriétaire du fonds à construire des bâtiments ou des ouvrages, il est considéré par la doctrine majoritaire (cfr. *Rép. Not., op. cit.*, spéc. n° 56 et 57, p. 103; H. De Page, *Traité, op. cit.*, spéc. t. VI, n° 717; P. Lecocq, "Superficie et emphytéose", *op. cit.*, Vol. C.U.P., n° 42, spéc. p. 144; *contra*, J. Hansenne, *Précis*, t. II, spéc. n° 1228), à juste titre car l'on voit difficilement comment le contraire serait possible, que l'emphytéote en demeure propriétaire pendant la durée du droit. Ce droit de propriété est une application de la superficie-conséquence de l'emphytéote, existant pendant toute la durée de son droit; il va de soi que l'emphytéote n'est pas propriétaire des constructions ou ouvrages faits par le propriétaire -sauf clause contraire et rachat par lui - ou par des tiers;
- il peut ensuite poser tous *actes juridiques* de jouissance ; à ce titre, il peut : i) donner l'immeuble en location, ou tout ou partie des constructions qui s'y trouvent ou qu'il a érigées, sauf clause contraire se trouvant dans le bail emphytéotique; ii) grever le bien de servitudes dans la limite de la durée de son droit (cfr. art. 6 de la loi : "*L'emphytéote a la faculté (...) de grever le fonds emphytéotique de servitude pour la durée de son droit*"); iii) intenter toutes actions en justice en rapport avec les biens - ou son droit -, réelles ou personnelles;
- il perçoit aussi les fruits de l'immeuble ("**fructus**")¹⁷⁰ ; l'article 4 de la loi prévoit d'ailleurs, en allant plus loin que le simple "*fructus*", qu' : "*Il profitera des arbres morts, ou abattus par accident pendant la durée de son droit, à la charge de les remplacer par d'autres, et il pourra également disposer à sa volonté de toutes les plantations qu'il aura faites lui-même*". Mais l'article 3, alinéa 2, interdit à l'emphytéote d'exploiter les mines ou carrières se trouvant dans le fonds, sauf s'il poursuit une exploitation existante¹⁷¹.

¹⁷⁰Il semble qu'un trésor trouvé dans le fonds ou sur l'héritage, n'est pas un fruit et excède le cadre de la jouissance du fonds (cfr. *Rép. Not., op. cit.*, spéc. n° 65, mettant en évidence la position traditionnelle contraire, critiquée par F. Laurent notamment (cfr. F. Laurent, *Principes de droit civil, op. cit.*, t. VIII, spéc. n° 377).

¹⁷¹Cette interdiction résulte de l'interdiction de diminuer la valeur du fonds, énoncée par l'article 3, al. 1^{er}, de la loi : "*Ainsi, il est défendu entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile ou autres matières semblables, faisant partie du fonds,*

4.2. Droits sur le droit d'emphytéose : en vertu de l'article 6 de la loi, l'emphytéote "(...) *a la faculté d'aliéner son droit, de l'hypothéquer (...)*"; cette faculté générale est essentielle en pratique; elle assure la souplesse nécessaire à l'emphytéose et elle est l'instrument indispensable des opérations de financement des baux emphytéotiques et des opérations liées ; dans ce cadre, l'emphytéote peut :

- **aliéner ou céder son droit**, en tout ou en partie, par convention ou par testament. Cette cession n'est valable que pendant la durée du droit ("*On ne peut transférer plus de droit que le droit que l'on possède*"; "*Nemo plus juris ...*") ; elle ne doit pas en principe être portée à la connaissance du bailleur emphytéotique, sauf si elle s'accompagne d'une cession de créance (cfr. art. 1689 et 1690 du Code civil) ou implique une cession de bail emphytéotique ; il peut être dérogé contractuellement à cette faculté, le bailleur obtenant de l'emphytéote qu'elle soit exclue par une clause (cfr. R.P.D.B., V° cité, n° 60 et examen de la jurisprudence qui interprète à juste titre strictement les clauses excluant la faculté de cession ou d'aliénation et toutes autres clauses liées) ;

- **hypothéquer le droit d'emphytéose**, comme le confirme également l'article 45, al. 2, de la loi hypothécaire ; il va de soi que l'hypothèque ne peut porter que sur le droit d'emphytéose et non sur le fonds, l'emphytéote n'ayant en principe pas de droit à l'égard de ce dernier ; l'hypothèque ainsi consentie portera également en principe sur les constructions érigées par l'emphytéote, sauf précision dans l'acte d'affectation hypothécaire.

NB. Il est important de souligner que, l'hypothèque étant un accessoire du droit, elle s'éteint si le droit s'éteint lui-même, en vertu de l'article 108, al. 1, 1°, de la loi hypothécaire¹⁷² ; **nous verrons que le livre 3 a remédié à ce problème** (pour le créancier hypothécaire : comp. aussi *infra* avec l'affaire « *Kinvest* ») ; elle s'éteint donc en cas d'arrivée à son terme du droit, mais aussi en cas de fin anticipée comme la réalisation d'une condition résolutoire ; les parties ont bien entendu tout intérêt à prévoir les effets de cette extinction du droit, notamment quant au paiement d'une possible indemnité à l'emphytéote du chef de l'accession différée de ses constructions, ouvrages et plantations, au profit du propriétaire du fonds, indemnité normalement exclue par l'article 8 de la loi¹⁷³ ;

- **concéder des droits réels sur son droit**, comme un droit d'usufruit, ou une emphytéose, dans la thèse qui admet la validité de la sous-emphytéose (**ce qui ne sera plus le cas du livre 3 où il sera prévu expressément que l'emphytéose ne peut porter que sur un immeuble par nature ou par incorporation (art. 3.167.)**) ;

- **exercer son droit d'enlèvement**, à la fin du droit, sur les constructions et plantations qu'il a faites, comme prévu par l'article 7 de la loi : "*Il peut, à l'expiration de son droit, enlever les constructions et plantations par lui faites et auxquelles il n'était pas tenu par la convention; mais il doit réparer le dommage que cet enlèvement a cause au fonds*"¹⁷⁴ ; il est le plus souvent dérogé à ce droit, le tréfoncier acquérant la propriété des constructions, ouvrages ou plantations de l'emphytéote en fin de droit, sans¹⁷⁵ ou avec indemnité¹⁷⁶.

à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit".

¹⁷²“Les privilèges et hypothèques s'éteignent en effet : « 1° Par l'extinction de l'obligation principale (...)”.

¹⁷³Les droits du créanciers hypothécaire ne pouvant alors se reporter sur cette indemnité, non prévue, en vertu d'un mécanisme de subrogation réelle; cfr. à ce sujet *infra*.

¹⁷⁴L'article 7 ajoute en un alinéa 2 : “*Néanmoins, le propriétaire du fonds aura droit de rétention sur ces objets, jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû par l'emphytéote*”.

¹⁷⁵Comme le prévoit la loi : cfr. art. 8.

- Mais **absence de droit sur le fonds dans le chef de l'emphytéote** : comme en matière de superficie en tout cas dans le cadre de l'ancienne loi de 1824, l'emphytéote n'a en principe pas de droit sur le fonds lui-même ; il ne peut certainement pas aliéner celui-ci ; le propriétaire du fonds en reste le seul maître, sauf clause contraire ; il peut seul l'aliéner et l'hypothéquer, à charge pour lui de respecter les droits conférés à l'emphytéote.
 - o **Conséquence importante de cette restriction : l'emphytéote ne peut immobiliser par destination** car il n'est pas propriétaire du fonds, or il faut qu'il y ait identité de propriété pour l'immobilisation par destination et dans le cadre de l'article 524 et dans le cadre du nouveau concept de l'article 3.47. dernier al. (faisant appel à la notion d'accessoire quant aux immeubles par destination – nouveau genre -)

Arrêt de la Cour de cassation du 12 avril 2010 : affaire Société Boverie (Holyday Inns) ou de l'hôtel construit en emphytéose c. Ville de Liège* (Décision n° 56)**

La question se posait de savoir si dans le cadre d'un hôtel exploité par un emphytéote, les importants équipements immobilisés dans le cadre de cet hôtel, avait été immobilisés par destination. Cette question se posa assez tard dans le litige, le propriétaire du fonds - à savoir la Ville de Liège - formulant une demande nouvelle à cet égard. Il pouvait en découler qu'ils revenaient au propriétaire du fonds à la fin de l'emphytéose, lors de l'accession et sans indemnité.

Le contrat de bail emphytéotique comprenait un article 2, prévoyant que « *l'emphytéotique s'engage à construire à ses frais sur le terrain un bâtiment à usage d'hôtel de classe internationale, comprenant notamment 300 chambres* » Il en découlait que le contrat faisait peser sur l'emphytéote, ce qui est intéressant, non seulement l'obligation d'ériger un bâtiment mais également l'obligation de le garnir, en quelque sorte, de manière à ce qu'il corresponde à un « *hôtel* », et de surcroît un hôtel « *de classe internationale* ». Le propriétaire du fonds en déduisit qu'il s'agissait d'un ensemble à destination économique spécifique, lequel devait revenir au bailleur à l'expiration du droit d'emphytéose, ainsi que le prévoyait le contrat de bail emphytéotique, et sans indemnité semble-t-il.

Le juge du fond avait décidé que tel était le cas, d'où un pourvoi en cassation de l'emphytéote – la société Boverie exploitant l'important hôtel Hollyday Inn concerné -, rédigé par l'avocat Paul Alain Foriers, auquel accéda la Cour de cassation.

La Cour de cassation a décidé que :

¹⁷⁶Comme pourra le prévoir le bail emphytéotique.

« Aux termes de l'article 524, alinéa 1^{er}, du Code civil, les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeubles par destination.

En vertu de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit d'emphytéose, l'emphytéose est un droit réel qui consiste à avoir la pleine jouissance d'un immeuble appartenant à autrui, sous la condition de lui payer une redevance annuelle, soit en argent, soit en nature, en reconnaissance de son droit de propriété.

Dès lors que le droit d'emphytéose ne confère pas un droit de propriété sur le fonds, les objets que l'emphytéotique y place ne peuvent être immeubles par destination.

L'arrêt, qui constate que la demanderesse avait la jouissance du fonds sur lequel elle a bâti l'hôtel litigieux dans le cadre d'un bail emphytéotique, ne justifie pas légalement sa décision de dire « pour droit » que le mobilier et les équipements de (cet) hôtel sont devenus immeubles par destination et acquis, à l'expiration (dudit bail) à la (défenderesse) - le propriétaire du fonds, semble-t-il - sans qu'elle soit tenue d'en payer la valeur.

Le moyen, en cette branche, est fondé ».

On lira également les intéressantes conclusions conformes de M. l'avocat général J.M. Génicot¹⁷⁷. Ajoutons que l'immobilisation par destination requiert une volonté d'immobiliser économiquement, qui ne peut se réaliser par le fait d'autrui (le fait de l'emphytéote ici).

Une clause spécifique aurait donc dû être prévue par le contrat, prévoyant le transfert des immeubles par destination, sans indemnité le cas échéant (avec un sort fiscal à vérifier).

Tant mieux pour l'emphytéote donc, dans cette affaire, mais l'inconvénient de cette situation est que l'emphytéote ne pouvant pas en principe immobiliser par destination les équipements en question, lesquels peuvent avoir une valeur considérable, et ne peut dès lors pas les hypothéquer, ce qui diminue sa capacité d'emprunt auprès des banques, prêteurs hypothécaire. Le livre 3 ne changera rien à cette réalité (car la dissociation avec le fonds demeure et la nouvelle notion d'immeuble par destination implique toujours que le propriétaire qui immobilise soit aussi propriétaire des accessoires : cfr. art.3.41, *in fine*, à combiner avec l'article 3.9. sur les accessoires).

¹⁷⁷ Qui se réfère notamment à l'enseignement de J. Hansenne, lequel écrivait, de façon limpide que : « (...) *le propriétaire du fonds ne peut immobiliser par destination que des meubles dont il est propriétaire et n'a aucune qualité pour transformer la nature juridique de biens qui ne lui appartiennent pas* », en sorte que, poursuit l'éminent auteur « (...) *on n'insistera jamais assez sur le fait que l'immobilisation par destination n'est pas, comme l'accession, un moyen de faire passer un bien d'un patrimoine dans un autre mais seulement une technique permettant, à l'intérieur d'un même patrimoine' de soumettre à un régime unique les divers biens qui concourent à la réalisation d'une finalité économique unique* », cfr. *Précis*, ouvrage cité, t. I, p. 84 et 85, n° 69 et 70) (nous mettons en évidence).

195. **5) Obligations de l'emphytéote** : nous retrouvons les deux mêmes types généraux d'obligations que ceux qui apparaîtront en matière de superficie :

5.1.) d'abord des obligations à caractère *personnel* - et droits de créances corrélatifs - découlant du bail emphytéotique; il s'agit de toutes les obligations contractuelles mises à charge de l'emphytéote;

5.2.) ensuite, les obligations découlant de la loi¹⁷⁸ sur l'emphytéose, qui peuvent être qualifiées de *réelles* ; ces obligations sont les suivantes : i) **l'obligation de respect du fonds ou de l'immeuble** appartenant au propriétaire du sol, **et de ne pas en diminuer la valeur** : en vertu de l'article 3 de la loi, l'emphytéote "(...) *ne peut rien faire qui diminue la valeur* » du fonds ;

- l'alinéa 2 de l'article 3 donne un exemple, à l'ancienne de comportement qui serait contraire à cette obligation : "*Ainsi, il lui est défendu entre autres, d'en extraire des pierres, de la houille, de la tourbe, de l'argile ou autres matières semblables, faisant partie du fonds, à moins que l'exploitation n'en ait déjà été commencée à l'époque de l'ouverture de son droit*" ;

- une **obligation de payer la redevance périodique ou canon**, en reconnaissance du droit du propriétaire et qui est un **élément essentiel du contrat** (cfr. art. 1 de la loi)¹⁷⁹, à caractère périodique¹⁸⁰ (annuel en principe, mais toute autre périodicité est possible, telle qu'une périodicité mensuelle) ; cette redevance peut équivaloir à une forme de loyer même si son but premier est d'être recognitive des droits du créancier ; elle peut bien sûr être indexée ou être liée à tous autres éléments (comme le chiffre d'affaire de l'emphytéote, les loyers produits par les immeubles construits, ou l'évolution du secteur et des prix de la construction)¹⁸¹.

NB. Cela étant, différents systèmes sont possibles :

- le paiement de redevances mensuelles ou faisant l'objet d'une autre périodicité - annuelles par exemple -, en simple reconnaissance du droit de propriété du tréfoncier et pour compenser la jouissance du bien par l'emphytéote, du moins lorsque ce dernier n'a pas construit lui-même l'immeuble à ses frais, le tréfoncier récupérant la propriété du bien à la fin du droit ;

- le paiement de redevances mensuelles équivalentes à des loyers et plus que recognitives des droits du tréfoncier, car ayant pour conséquence que l'emphytéote devienne propriétaire du bien à la fin de l'emphytéose, en n'ayant plus à payer qu'un montant symbolique pour ce dernier ;

- le paiement d'un capital en une fois, au début de l'emphytéose, puis de redevances périodiques symboliques, le risque de disqualification du contrat en contrat de vente mobilière n'étant cependant pas alors exclu (cfr. R.P.D.B., V^o *cit.*, spéc. n^o 100 et réf. aux analyses doctrinales prudentes en la matière); etc ..;

La loi de 1824 contient en outre d'autres règles supplétives au sujet de la redevance. L'article 10, al. 1er, de la loi prévoit que : "*L'obligation d'acquitter la redevance emphytéotique est indivisible, chaque partie du fonds donné en emphytéose demeurant grevée de la totalité de la redevance*". L'alinéa 2 de cet article précise que :

¹⁷⁸Et reprises, le cas échéant, par le bail emphytéotique.

¹⁷⁹A défaut de canon prévu par le contrat, il n'y aura pas emphytéose mais prêt à usage, ou commodat.

¹⁸⁰D'où l'application de la prescription quinquennale découlant de l'article 2277 du Code civil ; cfr. *supra*.

¹⁸¹Cfr. aussi la loi du 14 mai 1955, modifiée en son article 1^{er} par la loi du 2 juillet 1974, qui a permis une réévaluation unilatérale par le tréfoncier des redevances afférentes aux baux emphytéotiques antérieurs à 1956.

“L’emphytéote pourra être contraint au paiement par exécution parée”¹⁸².

L’article 11 dispose que : “L’emphytéote n’a droit à aucune remise de la redevance, soit pour diminution, soit pour privation entière de la jouissance ; néanmoins, si la privation totale de la jouissance a duré pendant cinq années consécutives, « remise sera due pour le temps de la privation” ».

En vertu de l’article 12 : “Il n’est dû aucune redevance extraordinaire à chaque mutation de l’emphytéose ni lors du partage d’une communauté”.

Si l’emphytéote ne paie pas cette redevance, il s’exposerait à une demande de résolution forcée de l’emphytéose par le propriétaire (cfr. application du droit commun de l’article 1184 du Code civil).

- une **obligation de supporter tous les impôts établis sur le fonds** : en vertu de l’article 9 de la loi en effet : “(L’emphytéote) supportera toutes les impositions sur le fonds, soit ordinaires, soit extraordinaires, soit annuelles, soit à payer en une fois” ; il supportera donc non seulement le précompte immobilier mais aussi les éventuelles impositions sur le capital - à la différence de l’usufruitier -, il est vrai pratiquement inexistantes en droit belge ;
- une **obligation générale d’entretien** : à la différence de ce que nous avons vu en matière de superficie, la loi sur l’emphytéose énonce une obligation d’entretien à charge de l’emphytéote ; en vertu de l’article 5, al. 2, de la loi, “**L’emphytéote est obligé d’entretenir l’immeuble donné en emphytéose, et d’y faire les réparations ordinaires**” ; Cette obligation vise tant le fonds, les constructions existant sur le fonds et les constructions que l’emphytéote et tenu de réaliser durant l’emphytéose ;
- pour le reste, il existe **une absence d’obligation d’effectuer les grosses réparations**, sur la base de la loi en tout cas ; en effet, cette obligation n’est pas prévue à charge de l’emphytéote par la loi de 1824 ; et nous verrons à cet égard *infra* qu’en vertu de l’article 5, al. 1^{er}, de la loi, “*Le propriétaire n’est tenu à aucune réparation*” ; si l’emphytéote est tenu aux réparations d’entretien et que le propriétaire n’est tenu à aucune réparation, *quid* des réparations qui ne sont pas seulement d’entretien, les grosses réparations donc ? La loi ne se prononçant pas, il sera utile et conseillé que la convention le fasse, et elle mettra le plus souvent les grosses réparations à charge de l’emphytéote (cfr. H. De Page, *Traité, op. cit.*, spéc. 705, 1^o). A défaut, il y aura un vide juridique. **Nous verons que le livre 3 règle adéquatement ces questions.**

NB. Cela étant, on pourra interpréter la notion de “grosses réparations” de façon analogique avec celle qui s’applique dans le droit de l’usufruit, si elle n’est pas définie par les parties dans leur bail emphytéotique, et la question de l’absence de droit d’action du chef des grosses réparations ne se posera pas, à tout le moins sur la base de la loi qui est muette sur les grosses réparations. L’action existera le plus souvent sur le plan contractuel (si l’obligation est prévue), du propriétaire contre l’emphytéote, soit l’inverse de ce qui existe en matière d’usufruit ;

NB. On s’entend par ailleurs à considérer que :

- si les grosses réparations en question découlent d’un défaut d’entretien, elles seront à charge de l’emphytéote (cfr. R.P.D.B., *V^o Emphytéote, op. cit.*, spéc. n^o 94 et réf.) ; il s’agit d’une application du droit commun de la responsabilité contractuelle ;

- si l’obligation d’effectuer les grosses réparations pèse sur l’emphytéote, un tiers pourrait tenter de s’en prévaloir et obtenir qu’il effectue ces réparations, ne

¹⁸²Pour ce faire il faudra que le contrat, passé par acte authentique, contienne la formule exécutoire.

pouvant agir par ailleurs contre le tréfoncier;

- si aucune des parties n'a pris un engagement en matière de grosses réparations et dans le silence de la loi, un tiers souffrant de dommages suite à la non-réalisation des grosses réparations, pourra agir contre le tréfoncier ou l'emphytéote, soit sur pied de l'article 1382 du Code civil, soit sur pied de la théorie des troubles de voisinage (cfr. Mons, 9 janvier 1995, Rev. not. belge, 1996, p. 233; à ce sujet cfr. R.P.D.B., V^o cit., spéc. n^o 95), soit sur pied des 1384 ou 1386 du Code civil, en fonction de la question de savoir à qui, de l'emphytéote ou du tréfoncier, est imputable objectivement la faute ou le trouble, ou qui d'entre eux est gardien du bien ou propriétaire de l'immeuble en ruine.

196.

6) **Droits du propriétaire du bien en emphytéose**

6.1.) Droits du tréfoncier : ils sont les suivants : **i) un droit résiduaire sur le fonds, l'immeuble, et le tréfonds, et autres droits prévus par la loi**

NB. Le propriétaire du bien donné en emphytéose conserve des droits sur le fonds ou l'immeuble dans la mesure du respect nécessaire de la jouissance concédée à l'emphytéote. En cela, l'emphytéose emporte un *démembrement* de la propriété. On peut donc dire que pendant toute la durée du droit, le propriétaire du bien peut : i) exercer tout **droit de disposition par rapport au fonds ou à l'immeuble**, compatible avec les droits de l'emphytéote; il exerce aussi l'*usus* et le *fructus* en rapport avec le fonds, et même l'*abusus*; en pratique, le droit de large jouissance concédé à l'emphytéote restreint souvent très considérablement ces prérogatives ; ii) en conséquence, il peut bien sûr aliéner le fonds ou l'immeuble¹⁸³, hypothéquer ceux-ci, le(s) grever de servitudes, toujours dans le respect des droits de l'emphytéote et sans pouvoir entraver d'aucune sorte la jouissance réelle de ce dernier sur le bien;

ii) il a aussi le droit de conférer des droits sur son droit de propriété résiduaire, et céder ce dernier; + 3) droit de percevoir les redevances convenues avec l'emphytéote et toutes autres sommes payées par celui-ci dans le cadre du bail emphytéotique; 4) un droit plus spécifique est ajouté par la loi, à l'article 7, al. 2 : un droit de rétention en fin d'emphytéose : "(...) *le propriétaire du fonds aura droit de rétention sur ces objets¹⁸⁴ jusqu'à l'acquittement de ce qui lui est dû par l'emphytéote*"; 4) un droit d'action particulier est aussi prévu par l'article 13 de la loi, en ces termes : "*A l'expiration de l'emphytéose, le propriétaire a contre l'emphytéote une action personnelle en dommages-intérêts pour les dégradations occasionnées par la négligence et le défaut d'entretien du fonds, ainsi que pour la perte des droits que l'emphytéote a laissé prescrire par sa faute*".

iii) Il y a pour le reste, cela va de soi, une absence de droit de jouissance sur l'immeuble donné en emphytéose : pour le reste en effet, répétons-le, le tréfoncier n'a pas de droit de jouissance sur l'immeuble objet du droit de l'emphytéote, puisque cette jouissance a été conférée à ce dernier ; le tréfoncier ne peut exercer qu'un droit sur le tréfonds éventuellement - il pourrait notamment exploiter une mine ou une carrière en sous-sol -, mais ce point est assez théorique et tout dépendra à nouveau de ce qui aura été prévu par le bail emphytéotique à ce sujet.

197.

7) Obligations du propriétaire du fonds : le propriétaire du fonds n'a pratiquement pas d'**obligations**, en vertu de la loi de la loi du moins (ce système sera légèrement revu par le livre 3) ; si l'on opère la même

¹⁸³ Il va de soi qu'il devra informer l'acheteur de l'existence de l'emphytéose.

¹⁸⁴ A savoir les constructions et plantations que l'emphytéote a pu faire et qu'il peut enlever, sous la réserve de ne pas endommager le fonds, d'où le droit de rétention du tréfoncier, tant que ce dernier n'a pas été indemnisé. Tout cela est à nouveau assez théorique, les baux emphytéotique prévoyant le plus souvent un transfert de propriété des constructions, plantations et ouvrages au tréfoncier, à la fin du droit, qui exclut un droit d'enlèvement dans le chef de l'emphytéote.

distinction qu'en matière de superficie, on relèvera des obligations de deux ordres : i) celles qui sont *contractuelles et personnelles*, telles qu'elles résulteront du bail emphytéotique ; ii) et celles, que l'on qualifiera de *réelles* ou du moins qui sont *issues de la loi*, à savoir :

2.1) l'obligation, en cours d'emphytéose, de respecter le droit de jouissance de l'emphytéote : obligation générale de respect, qui est de même nature que celle existant en matière d'usufruit pour le nu-propiétaire; **il s'agit de "laisser" jouir l'emphytéote, et non de le "faire" jouir de l'immeuble - ce que ne peut donc exiger l'emphytéote**¹⁸⁵ -; la doctrine écrit aussi que le propriétaire du bien, "ne peut nuire aux droits de l'emphytéote"¹⁸⁶ et doit le garantir contre l'éviction" (cfr. R.P.D.B., V° *cit.*, spéc. n° 124 et réf.); l'on voit ici apparaître à nouveau une forme d'*obligation réelle, générale de ne pas faire*, pour entraver le droit d'autrui, qui caractérise la plupart des droits dans les démembrements de la propriété, du côté du moins de celui qui a octroyé un certain droit de jouissance sur son bien;

2.2) le nu-propiétaire – appelons-le ainsi - n'a pas d'autre obligation; ainsi, il n'a **aucune obligation d'entretien généralement quelconque** et notamment pas d'obligation de réaliser des grosses réparations (**ce qui sera revu par le livre 3**), ni d'ailleurs il ne connaît une **obligation de supporter quelque charge que ce soit**, cette absence d'obligation valant en vertu de la loi du moins; la situation du propriétaire est donc à cet égard très différente de celle d'un véritable nu-propiétaire, dans le droit de l'usufruit.

198. 8) fin de l'emphytéose et conséquence

8.1.) Causes

En développant une approche similaire à celle de la superficie (cfr. *infra*), et en voyant ainsi apparaître certaines spécificités de l'emphytéose par rapport à celle-ci, il convient de relever l'existence des causes qui sont soit prévues par la loi, soit découlent du droit commun des obligations, l'existence de certaines de ces causes étant cependant controversée.

- **Causes légales résultant de la loi sur l'emphytéose** : les causes prévues par la loi sont : i) *l'arrivée du terme* de l'emphytéose, découlant de l'article 2 de la loi : "*L'emphytéose ne pourra être établie pour un terme excédant quatre-vingt-dix-neuf ans, ni au-dessous de vingt-sept ans*"; nous avons précisé *supra* le régime applicable à cette arrivée à terme légal de l'emphytéose ; et l'article 14 de la loi précise que : "*L'emphytéose éteinte par l'expiration du temps ne se renouvelle pas par tacitement, mais elle peut continuer d'exister jusqu'à la révocation*" au sujet de cet article, cfr. *supra*) ;

ii) l'article 18 de la loi sur l'emphytéose prévoit pour le reste que "*l'emphytéose s'éteint de la même manière que le droit de superficie*" : la deuxième cause légale est donc également la *confusion* (cfr. *infra*, analyse concernant la

¹⁸⁵Et il appartient à ce dernier d'exercer son droit contre des tiers qui commettraient des usurpations à l'égard du bien en emphytéote.

¹⁸⁶Ce qui nous rappelle l'article 599 du Code civil en matière d'usufruit.

superficie); iii) ensuite, troisième cause, il y a la **destruction du fonds** ; iv) puis la **prescription extinctive trentenaire** ; v) **important** : la loi sur l'emphytéose ajoute cependant un mode spécifique à cette dernière : la **déchéance de l'emphytéose** pour cause de dégradations notable de l'immeuble ou d'abus grave de jouissance ;

NB. Cette cause découle de l'article 15 de la loi, complété par l'article 16 : - article 15 : "*L'emphytéote pourra être déclaré déchu de son droit pour dégradations notables de l'immeuble et d'abus graves de jouissance, sans préjudice des dommages-intérêts*"; - article 16 : "*L'emphytéote pourra empêcher la déchéance pour cause de dégradations ou d'abus de jouissance, en rétablissant les choses dans leur ancien état, et en donnant des garanties pour l'avenir*"; on le voit, la loi est relativement indulgente pour l'emphytéote : comme en matière d'usufruit (cfr. art. 618 du Code civil; à son sujet, voy. *supra*), l'abus de jouissance ou les dégradations doivent revêtir une certaine gravité, ce que le juge apprécie souverainement en fait, et l'emphytéote a encore la possibilité d'y remédier en vertu de la loi¹⁸⁷ (sur les principes en la matière, cfr. R.P.D.B., *V° cit.*, spéc. n° 136 et 137). On sait que le livre 3 a posé un mécanisme général de déchéance à l'article 3.16.4. pour abus manifeste de la jouissance du bien, qu'il faudra dorénavant appliquer (et qui s'inspirera sans doute dans une certaine mesure de l'ancien)

vi) on se repose la question de savoir si l'emphytéose pourrait faire l'objet d'un **abandon** de la part de l'emphytéote, c'est-à-dire l'exercice d'une *faculté unilatérale d'abandon*, ou de résiliation unilatérale, mais propre aux droits réels, ayant pour conséquence que le bien en emphytéose, et le droit lié, seraient abandonnés au propriétaire du fonds ; H. De Page (cfr. *Traité, op. cit.*, spéc. p. 611, n° 716) et F. Laurent (cfr. *Principes, op. cit.*, t. VIII, spéc. n° 399) excluent l'existence de ce mécanisme ; pour d'autres, la faculté d'abandon serait un mécanisme caractéristique de tous les droits réels (en ce sens, cfr. R. Derine, F. Van Neste et H. Vandenberghe, *op. cit.*, spéc. p. 882, n° 1012) ; J. Hansenne est proche de cette analyse puisqu'il soutient que l'abandon permet d'échapper aux obligations de service qui découlent des droits réels, et, pour ce qui concerne les obligations de respect et de jouissance passive¹⁸⁸, l'abandon impliquerait aussi que l'on s'en dispense, mais pour l'avenir seulement (cfr. *Précis, op. cit.*, t. I, spéc. n° 29) ; Nous ne sommes partisans d'être prudent : on pourrait généraliser ce mécanisme à tous les droits réels car il existe en matière de mitoyenneté (cfr. art. 656 du Code), et de servitudes conventionnelles (cfr. art. 699), comme nous l'avons vu *supra*, mais il déroge faudra peser le pour et le contre concernant les autres droits ; a priori cela semble possible toutefois (sous réserve de refaire le point concernant le livre 3) ;

NB. puisque les deux parties **ne peuvent en principe mettre fin au droit par "mutuus dissensus"** (cfr. *supra*), en tout cas pas avant la date de durée minimale de l'emphytéose (27 ans), l'emphytéote seul ne peut pas plus le faire, fût-ce au prix d'un abandon de son droit qui impliquerait d'ailleurs d'importantes conséquences pour le propriétaire du fonds, quant au paiement des canons futurs ou à l'entretien de l'immeuble ; en outre, si l'emphytéose découle d'un bail emphytéotique, ce qui sera le plus souvent le cas, la convention-loi s'oppose certainement à ce que l'emphytéote puisse y mettre fin unilatéralement avant terme (cfr. art. 1134, al. 1^{er} du Code civil).

- **Causes d'extinction de droit commun** ; nous pourrions raisonner de même qu'en matière de superficie, mais avec de sérieuses nuances : les autres causes d'extinction, de droit commun, de l'emphytéose sont entre autres : i) ***L'annulation du titre constitutif de l'emphytéose*** (le bail de superficie)

¹⁸⁷Ce qui n'est pas prévu dans le droit de l'usufruit : cfr. art. 618 du Code civil.

¹⁸⁸Sur ces différentes sortes d'obligations, cfr. *infra*, notre conclusion.

(cfr. art. 1108, 1183 du Code civil, etc ...); ii) en ce qui concerne la **résolution** du bail, la question implique des distinctions découlant du droit commun des obligations ; iii) quant à la possibilité d'introduire dans la convention de bail emphytéotique, une **condition résolutoire** - événement futur et incertain en tant que modalité de la convention -, la question a été discutée du point de vue de la compatibilité d'une telle clause avec la règle de durée minimale de l'article 2 ; une belle affaire et un arrêt complémentaire portent sur cette question, la première ayant donné lieu à des décisions de fond, le second étant un arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2006, qui l'a réglée positivement. Examinons ces décisions.

1) Comm. Charleroi, 19 mars 1996; Mons, 4 mai 1998 et Mons 17 mai 1999 : affaire "Kinvest"**** : (Décision n° 57 – arrêt de la cour d'appel de Mons -)

Voici une bien belle affaire qui nous plonge au coeur de la mécanique de l'emphytéose. Elle a donné lieu à trois décisions au fond, la première rendue par le tribunal de commerce de Charleroi et les deux suivantes par la cour d'appel de Mons.

i) Comm. Charleroi, 19 mars 1996

La Ville de Charleroi a conclu un bail emphytéotique, le 23 septembre 1991, avec une société privée, la S.A. Kinvest, octroyant à cette dernière un droit d'emphytéose lui permettant de construire un centre sportif sur un terrain de la ville. La S.A. Kinvest fait appel à la C.G.E.R. pour financer ses investissements de construction. Elle hypothèque au profit de cette dernière son droit d'emphytéose et sans doute les constructions à ériger dans ce cadre.

Le bail emphytéotique contient notamment deux clauses qui joueront un rôle important dans cette affaire :

- un article 1, alinéa 2, qui prévoit – clause assez usuelle - qu’*“A l’expiration du présent bail, tous bâtiments, constructions, plantations, aménagements quelconques que l’emphytéote ou un tiers aurait fait élever sur le terrain faisant l’objet du droit d’emphytéose seront de droit, dans l’état où ils se trouvent, propriété de la ville, sans que l’emphytéote ou ses ayants droit puissent prétendre à aucune indemnité”*; cet article reproduisait l'article 8 de la loi sur l'emphytéose qui prévoit qu'à la fin de l'emphytéose l'accession opère au profit du propriétaire du fonds *sans* obligation pour lui de payer une *indemnité* à l'emphytéote;

- et un article 12, qui sera au coeur du litige, prévoyant que : *“La ville se réserve le droit de résilier le présent bail par anticipation en cas : a) de faillite, concordat, mise en liquidation judiciaire ou dissolution* » (mis en évidence) ;

Ces clauses sont assez fréquentes dans les baux emphytéotiques.

Ce qui devait arriver arriva : la S.A. Kinvest tomba en faillite moins de quatre

ans après la conclusion du bail emphytéotique (cfr. jugement déclaratif de faillite du 26 juin 1996).

Deux questions essentielles se posaient dès lors : 1) l'emphytéose avait-elle pris fin en application de l'article 12 du bail, dès lors que la ville se prévalait de sa résolution / résiliation ?; et quelle était la conséquence de cette fin anticipée de l'emphytéose, les constructions revenaient-elles en l'état à la ville par accession en application du contrat, ou bien n'en était-il pas ainsi, le curateur à la faillite conservant le droit de faire vendre le droit d'emphytéose et ces constructions - l'emphytéose n'ayant pas pris fin - au profit des créanciers de la S.A. Kinvest, dont essentiellement la C.G.E.R., créancier hypothécaire ?

C'était tout ou rien et noir ou blanc : une fin de l'emphytéose anticipée profitant exclusivement à la ville en raison de l'accession sans indemnité; ou une poursuite du contrat et du droit réel, avec réalisation des constructions au profit des créanciers et non de la ville ?

Se posait la question préliminaire de savoir si la clause de résiliation anticipée de l'emphytéose en cas de faillite était compatible avec la règle de durée minimale de 27 ans se trouvant à l'article 2 de la loi, à caractère d'ordre public. La ville de Charleroi plaida la validité de la clause; le curateur et la C.G.E.R. soutint sa nullité absolue. Le curateur agit en ordre principal pour être autorisé à vendre le droit et les constructions. La ville fit une demande reconventionnelle tendant à obtenir qu'elle soit déclarée seule propriétaire des constructions, le droit ayant pris fin, et que le curateur soit débouté de son action.

Le tribunal de commerce de Charleroi, après avoir qualifié la clause de condition résolutoire dépendant d'un événement futur et incertain - l'état de faillite frappant l'emphytéote -, et non de pacte commissaire exprès - dépendant d'une faute du débiteur (ce qui n'était pas le cas de l'état de faillite)¹⁸⁹ -, ce en quoi il avait parfaitement raison, fut convaincu par la thèse de la curatelle, à la lumière d'analyses doctrinales classiques soigneusement sélectionnées (cfr. décisions), ce en quoi il avait tort.

Tout le contrat et l'emphytéose étaient-ils pour autant nuls ? La réponse fut négative : seule la clause fut annulée, décision de bon sens.

Il en résulta que le curateur de la faillite de la S.A. Kinvest fut autorisé à "réaliser le droit d'emphytéose et les infrastructures" érigées sur le terrain de la ville de Charleroi, cette dernière étant déboutée de son action reconventionnelle de sorte qu'elle interjeta appel devant la cour d'appel de Mons.

ii) Mons, 4 mai 1998 et 17 mai 1999 : affaire "Kinvest" : (Décisions n° 57)

Le litige fut remis à plat devant la cour d'appel de Mons. Cette dernière développa un raisonnement totalement contraire à celui du premier juge, mais pleinement convaincant, s'articulant comme suit, dans ses deux arrêts : 1) validité de la condition résolutoire litigieuse qui ne violait pas l'article 2 de la loi sur l'emphytéose dès lors que la fin anticipée de l'emphytéose ne dépendait pas exclusivement d'une décision d'une ou des parties, mais de circonstances objectives - l'état de faillite - (la cour distingue également avec pertinence condition résolutoire et pacte commissaire tacite) ; 2) fin de l'emphytéose en conséquence ; 3) et accession au profit de la ville de Charleroi, sans indemnité pour l'emphytéote, en vertu du principe résultant de la loi sur l'emphytéose ; 4) **ce qui eut pour conséquence que la banque a vu sa garantie hypothécaire s'éteindre par caducité** (car l'emphytéose s'éteignant, l'hypothèque en étant l'accessoire devait faire de même par disparition de son objet).

¹⁸⁹Par-delà les controverses existant en la matière découlant d'une analyse qui voit parfois dans l'état de faillite du débiteur la manifestation d'une faute de ce dernier, thèse que nous ne partageons pas.

La leçon à titre de cette affaire est générale : il faut savoir anticiper par des clauses adéquates la survenance de circonstances futures éventuelles, qui sont d'importance – l'état de faillite de l'emphytéote, etc ... -.

Il semblerait que ce problème pourrait être réglé par le livre 3, à la lumière de l'article 3.17., dont l'alinéa 1^{er} prévoit, à juste titre, que « **La renonciation, la révocation, la résolution pour inexécution, la résiliation de commun accord, la confusion et la déchéance ne portent pas atteinte aux droits des tiers qui sont acquis, de bonne foi, sur le droit réel anéanti** » . Il est toutefois regrettable que cette disposition n'ait pas visé également la résolution autre que pour inexécution fautive, c'est-à-dire suite à la réalisation d'une condition résolutoire – événement futur mais certain – comme dans notre affaire. Une lacune à combler ? Sans doute. On pourrait soutenir que la condition résolutoire est également prise en considération.

iii) Arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2006 (Pas., 2006, I)

Cet arrêt est en quelque sorte l'arrêt qui manquait dans l'affaire “*Kinvest*”. La validité de principe, de la clause résolutoire liée à l'état de faillite de l'emphytéote est affirmée : elle n'est pas contraire à l'article 2 de la loi sur l'emphytéose.

iv) la possibilité existe en outre d'agir en résolution du bail sur pied de ***l'article 1184 du Code civil (pacte comissoire tacite*** cette fois, et non condition résolutoire¹⁹⁰), dès lors que l'une des parties - l'emphytéote le plus souvent – n'aurait pas respecté fautivement ses obligations, ce qui est cohérent avec l'application normale d'un mécanisme de droit commun ; certains auteurs discutent toutefois la chose lorsqu'il s'agit pour le bailleur d'obtenir la résolution du bail en raison d'un non-paiement des redevances par l'emphytéote (sur ces points, cfr. R.P.D.B., V^o cit., spéc. n^o 138 à 140, p. 142, et réf. jur. au n^o 140) ; à cet égard, la solution paraît pourtant simple et à puiser dans le droit commun à nouveau : l'article 1184 s'appliquera, le juge conservant un pouvoir d'appréciation quant à l'inexécution fautive de l'obligation concernée, qui doit être grave dans ses conséquences. Tel ne serait pas le cas du non-paiement momentané par l'emphytéote d'une redevance symbolique ou de faible importance;

v) la possibilité de prévoir un ***pacte comissoire exprès*** est également admise (cfr. R.P.D.B., V^o cit. spéc. n^o 141), et l'on pourrait soutenir la compatibilité de ce type de clause avec la loi, au même titre qu'une condition résolutoire liée à un événement futur – en cas de faillite en tout cas - avec la règle de durée minimale de l'emphytéote, sous réserve d'analyse plus détaillée de la question ; **il faudra comparer ce régime à celui du livre 3 ;**

¹⁹⁰ Que nous venons de voir à l'examen du problème de compatibilité de la condition résolutoire avec la règle de durée minimale de l'emphytéote, dans l'affaire « *Kinvest* » et l'arrêt complémentaire ci-dessus.

vi) *l'annulation ou la résolution des droits du propriétaire du sol* (cfr. à nouveau les art. 1108, 1183 et 1184 du Code civil), emportant par voie de conséquence l'extinction de l'emphytéose, le même raisonnement s'applique qu'en matière de superficie;

vii) *la résiliation amiable et bilatérale* du bail de superficie ("*mutuus dissensus*"), ne peut quant à elle opérer qu'à partir du minimum de 27 ans prévu, au risque d'emporter une violation de l'article 2 de la loi (cfr. *supra*) ;

viii) la *renonciation unilatérale* par l'emphytéote à son droit ; cette cause est problématique en matière d'emphytéose ; d'abord, elle ne peut intervenir avant le terme minimal de 27 ans ; ensuite, si l'emphytéote tire ses droits d'un bail emphytéotique, il ne pourra certainement pas mettre fin unilatéralement à ses obligations contractuelles (cfr. art. 1134, al. 1^{er}, du Code civil) ; cette question mériterait plus de développement ;

ix) et le *rachat* de l'emphytéose, soit à l'amiable par le propriétaire du sol, soit à la suite d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique : il est possible et impliquera la fin de l'emphytéose.

199. **8.2.) conséquence de la fin de l'emphytéose : une accession différée au profit du propriétaire du fonds sans indemnité pour l'emphytéote** : la conséquence patrimoniale principale de la fin de l'emphytéose réside dans un mécanisme d'accession différée au profit du propriétaire du fonds, qui opère, à la différence de ce que nous avons vu en matière de superficie, **sans indemnité pour l'emphytéote**, bien entendu à nouveau sauf convention contraire des parties qui peuvent prévoir un mécanisme d'indemnisation ; l'**article 8 de la loi de 1824** prévoit cette règle importante d'une façon quelque peu sibylline : "*L'emphytéote ne pourra forcer le propriétaire du fonds à payer la valeur des bâtiments, ouvrages, constructions et plantations quelconques, qu'il aurait fait élever, et qui se trouvent sur le terrain à l'expiration de l'emphytéose*".

On prêtera grande attention à cet article qui s'appliquera normalement à toutes les situations d'expiration d'une emphytéose et d'un bail emphytéotique, telles que celles découlant de la réalisation d'une condition résolutoire (cfr. ci-dessus, *Décisions « Kinvest » ci-dessus*, pour le cas d'un bail emphytéotique où les parties avaient perdu de vue l'application de cet article, confirmée en justice). Les parties devront donc faire l'exercice de se demander quelles seront pour elles les conséquences de la fin de l'emphytéose et du bail, dans toutes les hypothèses possibles, et si elles entendent déroger ou non à l'article 8 de la loi.

Section 2. L'emphytéose dans le Livre 3 du nouveau Code civil

Sous-section 1^{ère}. Définition et durée

I. Définition : article 3.167.

200. Le droit d'emphytéose est défini comme « (...) ***un droit réel d'usage conférant un plein usage et une pleine jouissance d'un immeuble par nature ou par incorporation appartenant à autrui*** ».

Cette **définition** appelait déjà les observations suivantes :

- 1) la définition développe la double optique le **droit d'usage et le droit de jouissance** ;
- 2) elle requiert un « **plein** » usage et une « **pleine** » jouissance, dans la définition même de l'emphytéose qui, en vertu de l'article 3.1., revêtirait un caractère d'ordre public ou à tout le moins impératif ; or il est fréquent que les baux emphytéotiques contiennent des restrictions aux prérogatives de l'emphytéote ; l'exigence suivant laquelle le droit d'usage ou de jouissance doit être « **plein** » se concilie dès lors pas aisément avec ces restrictions ou limitations; la chose devait être clarifiée et sans doute le qualificatif « **plein** » devrait être supprimé pour laisser davantage de place à l'autonomie de la volonté ;
- 3) l'**objet du droit est un immeuble par nature ou par incorporation**, au sens de l'article 3.41. alors que dans le texte actuel de la loi de janvier 1824 – art. 1^{er} - il s'agit d'un « *immeuble* » (ce qui permettait de constituer une emphytéose sur un immeuble incorporel, donc par exemple une emphytéose portant sur une emphytéose soit une sous-emphytéose) ; la nouvelle définition est plus restreinte et **exclut cette possibilité**, ainsi que l'exposé des motifs le confirme expressément (cfr. p. 325 et s.; sur le sujet voy. l'étude de B. Pirlet, Droit d'emphytéose, in *Le nouveau droit des biens*, Larcier, 2020) ;
- 4) on voit au travers de cette définition que **le canon n'est plus un élément essentiel de la notion** ; on peut comprendre cette forme de modernisation face à une pratique parfois de canons symboliques, mais il va de soi que l'autonomie de la volonté pourra prévoir toutes formes de canons ou redevances (cfr. étude de B. Pirlet, p. 331 et s.)) ;

201. Il aurait peut-être convenu que la disposition précédente prévoie des modes de constitution de l'emphytéose, ses conditions essentielles d'existence, et le nom des parties : l'emphytéote et le propriétaire.

202. L'alinéa suivant ajoute que : « ***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*** ».

Il s'agit d'un principe important de l'emphytéose déjà présent dans l'ancienne législation (cfr. art. 3 de la loi de 1824).

II. Qualité de constituant

Article 3.183. Qualité de constituant

203. Selon l'article 3.168. : « ***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*** ».

Cet article permettrait-il à un emphytéote - titulaire d'un droit réel d'usage - de conférer une emphytéose sur son droit ? Non mais il peut conférer une emphytéose semble-t-il sur l'immeuble qu'il construit dans le cadre de son droit (à ce sujet, cfr. B. Pirlet, étude citée, p. 337 et s.).

Il aurait été utile, encore une fois de préciser aussi qui sont les parties dans la définition : le propriétaire ou le tréfoncier, le constituant et l'emphytéote. Il n'est pas inutile de faire preuve de pédagogie surtout dans la définition des notions générales.

III. Durée de l'emphytéose

204. Les règles à cet égard sont considérablement modifiées (on se souvient : min. de 27 ans et max. de 99 ans), dans le sens suivant :

« Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit d'emphytéose ne peut être inférieure à 15 ans ni supérieure à 99 ans. Le droit d'emphytéose peut être prorogé sans que la durée totale puisse excéder 99 ans. Il peut être renouvelé de l'accord exprès des parties ».

La durée minimale est donc raccourcie – **15 ans au lieu de 27 ans** - tandis que le terme maximal de **99 ans** est maintenu.

Un alinéa second prévoit une **règle nouvelle de perpétuité** : « ***Le droit d'emphytéose peut-être perpétuel lorsqu'il est constitué par le propriétaire de l'immeuble, à des fins de domanialité publique*** » (mis en évidence).

Cette règle intéressante permettra de développer des opérations de valorisation de domanialité publique et l'on voit ici que ce seront le plus souvent les pouvoirs publics qui pourront se voir céder des emphytéoses perpétuelles à des fins de domanialité publique.

Se pose ici évidemment la **question de concessions, dans l'autre sens en quelque sorte, d'emphytéose à des contractants privés sur des biens du domaine public**. Si l'article l'article **3.45.** du livre 3, inspiré directement d'un arrêt que nous verrons en matière de superficie (dit de la rampe « *Ro-Ro* » ; voy. *infra*, n° 253) prévoit que : « ***(...) il***

peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle », il sera souvent difficile de concilier la destination du bien avec l'octroi d'une emphytéose qui est un droit de longue durée et lourd de conséquences. En outre, normalement, une concession sur un bien du domaine public est résiliable « *ad nutum* », donc le cas échéant avant point de départ de durée minimale de 15 ans (ce qui en principe ne se peut : cfr. *infra*, art. 3.174, al. 2). Il faudra donc être très prudent dans ce domaine et il est regrettable que le législateur n'ait pas réglé cette question (sur celle-ci, cfr. l'analyse de B. Pirlet, *op. et loc. cit.*, p. 340 et s.).

IV. Portée des dispositions de la loi (impératives ?) ?

205. La loi manque de précision quant à la détermination de la portée de ses dispositions.

On sait que les « *définitions* » sont impératives (cfr ; art. 3.1.).

Donc, l'emphytéose est impérative quant à sa notion.

Cela étant, d'autres éléments paraissent particulièrement importants (antérieurement d'ordre public pour certaines : cfr. les questions de durée) : 1) les règles de durée ; 2) l'article 3.174., al. 2, prévoyant que l'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de 15 ans du seul fait de la volonté d'une des parties.

Mais il est simplement prévu que « *Nonobstant toute clause contraire, la durée de la superficie ne peut être inférieure à 15 ans ni supérieure à 99 ans* ».

On est à nouveau confronté à l'ambiguïté de la formule « *Nonobstant toute clause contraire* ». Considérons qu'elle signifie que les éléments en question sont à tout le moins impératifs (outre la notion d'emphytéose). Il devrait en aller de même de la règle prohibitive de l'article 3.174., al. 2., selon nous (liée à la règle de durée).

Sous-section 2. Régime

Par 1er. Modes spécifiques d'acquisition

205. L'article 3.170. porte sur la prescription acquisitive.

Il prévoit que : « *En cas d'acquisition par prescription, le droit est censé établi pour 99 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* ».

Il s'agit pour le reste d'une application du droit commun de la prescription acquisitive.

Le mode-clé et souverain de constitution d'une emphytéose, en pratique, sera la convention des parties : à savoir le bail emphytéotique. L'autonomie de la volonté s'exprimera de façon importante, sous les réserves des nouvelles restrictions découlant du livre 3, et bien sûr du respect de l'ordre public de façon générale.

Par. 2. Droits et obligations des parties (essentiellement de l'emphytéote)

206. Une distinction assez pédagogique est établie entre le droit sur le droit et le droit sur l'immeuble, distinctions que nous retrouverons en matière de superficie. Le régime est axé sur les droits et obligations de l'emphytéote. Précisons qu'il n'a pas droit sur le fonds, appartenant au tréfoncier.

I. Droits de l'emphytéote sur le droit d'emphytéose (3.171.)

207. En vertu de l'article 3.171., l'emphytéote peut céder et hypothéquer son droit d'emphytéose. Ce droit est essentiel en pratique car il permettra à l'emphytéotique de financer son projet de construction liée le plus souvent à l'emphytéose.

Il est précisé qu' « *Il ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire en vertu d'une superficie-conséquence telle que visé à l'article 3.182 qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit d'emphytéose dont il est titulaire* ».

Cette disposition fait référence de façon intéressante la superficie conséquence, que nous retrouverons bien sûr dans le droit de superficie. Cette référence ne trouvait pas dans la précédente version du texte en projet.

Elle met en évidence le fait que l'emphytéose a le droit de construire, et que ce droit de construire s'inscrit dans une superficie-conséquence.

Pour le reste, la règle constitue une précision raisonnable et de bon sens, bienvenue au sein du régime de l'emphytéose.

On peut se demander s'il est possible de déroger par convention à cette règle ? Une réponse positive pourrait théoriquement s'imposer. Mais cette dissociation ne serait contraire à la notion même d'emphytéose.

V. Droit de l'emphytéose sur l'immeuble (3.172)

208. N'oublions pas d'abord qu'en vertu de l'article 3.167., l'emphytéote peut « *sauve clause contraire* », modifier la destination de l'immeuble. Les clauses prohibitives ou restrictives seront toutefois fréquentes en pratique.

209. D'autre part, l'article 3.172. prévoit le ou les droits de l'emphytéote sur l'immeuble, dans la logique de son vaste droit réel de jouissance et d'usage, comme suit : « *L'emphytéote à l'usage et la jouissance, matériels et juridiques, de l'immeuble sur lequel porte son droit, sans porter atteinte aux droits existant sur l'immeuble* ».

La jouissance implique le droit aux fruits. L'alinéa suivant ajoute, dès lors que : « *L'emphytéote a droit aux fruits et, pour autant que l'exploitation et député avant la constitution du droit d'emphytéose, aux produits aménagés en fruits* ».

L'alinéa 3 de l'article prévoit que « *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* ».

Cet alinéa constitue une nouvelle consécration et application de la **superficie – conséquence**, tout à fait logique dans le cadre de l'emphytéose.

VI. Autres droits de l'emphytéote

210. L'emphytéote aura aussi en principe un droit à indemnisation en fin de droit (cfr. ci-après), et un droit de rétention en corrélation.

VII. Droits du constituant

211. La loi ne se situe pas dans a perspective des droits du constituant.

Ce dernier aura évidemment tous les droits-miroirs des obligations de l'emphytéote, auxquels s'ajouteront tous les droits prévus par le contrat de bail emphytéotique.

212. On ne voit pas apparaître véritablement les droits du propriétaire du fonds, dans les dispositions de la loi. C'est regrettable. Il va de soi que le propriétaire conserve les droits sur tout ce qu'il a passé des dans le cadre de l'emphytéose.

On peut dire que le constituant conserve une forme d' « *abusus* » sur le fonds, comme un nu-propriétaire.

Il conserve donc en principe de pleins droits sur le fonds – sauf éventuelle restrictions contractuelles, rares de son côté -, ce qui a pour conséquence que, comme sous l'ancien régime, l'emphytéote ne peut hélas, de son côté, pas immobiliser par destination des biens meubles, dès lors qu'il n'est pas propriétaire du fonds (à ce sujet, cfr. l'étude de B. Pirlet, *ibidem* ; et *supra*, p. 113 et s., l'analyse de l'arrêt « *Boverie hôtel Holyday Inns c/ Ville de Liège* »).

VI. Obligations de l'emphytéote (3.173.)

213. Nous avons vu qu'en vertu de l'article 3.167., al. 2, l'emphytéote supporte une première obligation de ne rien faire qui diminue la valeur de l'immeuble (sous réserve de l'usure normale, de la vétusté d'un cas de force majeure).

L'important article 3.173. Prévoit un nouveau régime d'obligation, en matière de charges ainsi que de réparations d'entretien, et **grosses réparations (avec renvoi aux dispositions de l'usufruit)**, applicable à l'emphytéote. Le régime est plus complet et contraignant qu'auparavant.

Le texte en est le suivant : « *Pendant la durée de son droit, l'emphytéote est tenu de toutes les charges et impositions relatives à l'immeuble objet de son droit* »

d'emphytéose et toutes celles relatives aux ouvrages et plantations dont il est propriétaire en application de l'article 3.182.

Il doit faire toutes les réparations d'entretien et toutes les grosses réparations au sens des articles 3.153. et 3.154., relatives à l'immeuble, objet de son droit et aux ouvrages et plantations qu'il a l'obligation de réaliser, afin de ne pas en diminuer la valeur.

Quant aux ouvrages et plantations qu'il a acquis ou qu'il a réalisés sans y être tenu, l'emphytéote doit faire toutes les réparations rendues nécessaires pour l'exercice des autres droits réels d'usage existant sur l'immeuble ».

A nouveau cet aspect important de la relation avec le propriétaire fera l'objet de clauses précises dans le cadre des baux emphytéotique. Il est sans doute conseillé de donner un sens plus prévisible à la notion de grosses réparations, plutôt que de compter sur celui qui découle des articles 3.153. et 3.154., dont on a vu qu'il était susceptible d'engendrer une certaine insécurité juridique par les trois critères alternatifs qu'il énonce.

Par. 4. Modes spécifiques d'extinction de l'emphytéose

I. Modes généraux de fin

214. L'article 3.174. intitulé (« Généralités ») renvoie aux causes d'extinction des droits réels prévues aux articles 3.15. et 3.16. (modes généraux modes spécifiques), étant précisé qu'elles réalisent leurs effets « *même si elle se produisent avant le délai minimal de 15 ans* ».

L'article 3.15. vise notamment, on s'en souvient, comme mode général : « *l'anéantissement du titre d'acquisition du droit réel, à la suite notamment de la nullité, la réalisation de la condition résolutoire, la résolution pour inexécution, la déchéance, la révocation ou la résiliation de commun accord* ».

Qu'en est-il de la résolution étant la conséquence de l'application d'un pacte commissaire exprès ? Il aurait convenu, comme nous l'avons déjà constaté pour l'ancien régime, que la chose soit expressément précisée dans cet article car cette question est sensible dans le droit d'emphytéose.

Quid si le mécanisme de fin devait découler de la décision d'une seule des parties, avant le minimum de 15 ans ?

A cet égard, le dernier alinéa de l'article prévoit une règle restrictive suivant laquelle : « *Cependant, le droit d'emphytéose ne peut s'éteindre avant le délai minimal de 15 ans, du seul fait de la volonté d'une des parties* ».

On peut comprendre la règle telle qu'elle s'appliquerait à une renonciation ou un abandon, mais s'applique-t-elle au droit pour une partie d'invoquer l'application d'un pacte commissaire exprès (ou une condition, par exemple en cas de faillite ou de situation d'insolvabilité de l'emphytéote). La réponse doit être prudente : en principe

non, car dans ces situations il existe un contexte indépendant de la volonté des parties (cfr. *supra*, enseignements de l'affaire « *Kinvest* » ayant donné lieu aux décisions analysées), l'extinction de l'emphytéose devrait être possible.

Il en irait autrement que lorsque cette extinction découle de la volonté d'une seule partie, indépendamment de toutes circonstances étrangères à cette volonté (sur cette question, cfr. B. Pirlet, étude citée, p. 347 et s.). à ce sujet, on pourrait aussi développer un raisonnement similaire à celui que nous avons rencontré en matière de servitude à la suite de l'affaire « *Pasquier* » ; cfr. *supra*, n° 17).

L'article rendra également problématique l'exercice d'une option d'achat, sauf si elle est conditionnée par la survenance d'une circonstance indépendante de la volonté de son bénéficiaire (à ce sujet, cfr. B. Pirlet, étude citée, p. 350 et plus amples développements en la matière).

215. N'oublions pas non plus important mécanisme de la **déchéance** prévue de façon générale à l'article 3.16.4°, par exemple s'il emphytéote devait commettre un abus manifeste d'usage ou de jouissance du bien ? Cela pourrait-il s'appliquer au propriétaire : pourquoi pas si ce dernier entravait l'usage ou la jouissance de l'emphytéote par un comportement qui pourrait être qualifié d'abus, mais l'emphytéote n'aurait dû l'intérêt à demander la déchéance de l'emphytéose ? Il semble donc que le mécanisme de la déchéance ne s'applique chaque fois qu'un des faits du titulaire du droit de jouissance, et pas au titulaire de la propriété sous-jacente. L'analyse de cette question devrait être approfondie.

II. Perte d'utilité de l'emphytéose après 99 ans

216. En vertu de l'article 3.175. : « *En cas de droits d'emphytéose perpétuel, tel que visé à l'article 3.169., alinéa 2, si le droit d'emphytéose existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même futurs ou potentielle* ».

Il ne s'agit donc pas d'une cause générale d'extinction du droit réel (comme ce qui est prévu actuellement à l'article 710*bis* en matière de servitude).

On a vu un mécanisme similaire en matière de servitude : cfr. l'article 3.128. qui a suscité l'interrogation quant au fait que la perte d'utilité pourrait être « *future* », car qu'est-ce qu'une perte d'utilité « *même future* », et, comme il est même précisé, ici, en cet article 3.175., une perte d'utilité future pouvant être « *potentielle* », pourrait également être prise en considération par le juge. Ces critères nous paraissent imprécis et seront sans doute source de contestations. Il est vrai toutefois qu'ils s'appliquent ici dans un cas assez particulier, c'est-à-dire si l'emphytéose existe depuis 99 ans au moins.

III. Régime d'accession et d'indemnisation en fin de droit

217. Alors que dans le cadre de la loi de janvier 1824, l'emphytéote n'a pas de droit à une indemnisation à la fin de l'emphytéose, sauf clause contraire, le nouveau régime, figurant dans cet article 3.176. prévoit une indemnisation, compensant l'accession se réalisant

à la fin du droit, à charge du tréfoncier, basée sur « *l'interdiction de l'enrichissement injustifié* », avec application d'un droit de rétention au profit de l'emphytéote tant que indemnisation n'est pas réalisée.

Cette importante disposition est rédigée comme suit :

« A l'extinction du droit d'emphytéose, la propriété des ouvrages et plantations réalisés en application de l'article 3.172. passe au constituant du droit d'emphytéose ou à son ayant-droit.

Le constituant du droit d'emphytéose doit indemniser, sur la base de l'enrichissement injustifié, l'emphytéote pour les ouvrages et plantations réalisés dans les limites de son droit. Jusqu'à indemnisation, l'emphytéote un droit de rétention sur les ouvrages et plantations.

En 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 ».

218. Le dernier alinéa précise donc qu'en cas de transmission universelle, à titre universel ou de cession du droit du constituant, l'obligation d'indemnisation pèse sur l'ayant-cause.

Si l'on peut comprendre la règle dans le premier cas, se conciliant avec le droit commun (cfr. art. 1122 du Code civil), elle est moins évidente dans la situation d'un cessionnaire de l'emphytéose : dans ce cas en effet, le cédant est-il libéré et le cessionnaire est-il tenu ? L'article semble le prévoir mais une telle libération ne paraît pas alors conciliable avec le droit commun des obligations et des contrats, qui interdit la cession de dette contractuelle sans l'accord du créancier.

Dans la pratique, il sera, nous l'imaginons, prévu, en cas de cession de l'emphytéose, par une clause, que l'obligation pèse bien sur le cessionnaire, et non plus sur le cédant, ce qui confirme le mécanisme légal qui s'inscrit par ailleurs dans le cadre de l'article 3.14., § 2.

219. **La référence au mécanisme de l'enrichissement sans cause traverse tout le livre 3.** L'inconvénient est, on l'a vu, que l'enrichi doit en principe, dans la rigueur des principes et du mécanisme d'équité que constitue l'enrichissement sans cause, rembourser le montant le plus faible entre celui de l'enrichissement – plus-value - ou de l'appauvrissement, ce qui pourra être problématique en cas de contestation, si se pose la question pratique de la détermination du montant en question, pouvant être différent quant à l'un par rapport à l'autre. On conseillera aux parties de prévoir une clause impliquant un mécanisme permettant de fixant l'indemnité, si elle est prévue – et elle pourra être exclue souvent -, de manière claire, simple et précise (par exemple en retenant la seule plus-value, ou la « *valeur actuelle* » comme antérieurement en matière de superficie : cfr . *infra*).

Chapitre 6. La superficie

Section 1. L'ancien régime (et le nouveau régime la superficie : les articles 1.177. et s.. du livre 3) : quant à la notion même de superficie et son objet

220. **Rmq. préliminaire.** Nous suivrons le plan de la loi, que l'on peut qualifier de classique, partant de la définition de la superficie (ainsi que de la superficie-conséquence), en ce compris la question de l'objet de la superficie, puis en examinant le régime proprement dit axé, entre autres, sur les règles de durée, ayant trait aux droits et obligations des parties, se poursuivant par quelques règles plus particulières puis par celles gouvernant l'extinction de la superficie (et le nouveau régime fixé en matière d'indemnisation (et d'accession)).

Après la partie consacrée à la définition du droit est avant de détailler les régimes, nous synthétisons les principes et règles pouvant être déduits de l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation, ce qui nous permettra de mieux construire le cadre préalable à l'analyse du nouveau régime.

Nous nous inspirerons ci-après d'une étude que nous avons rédigée pour l'ouvrage récent « *Le nouveau droit des biens* », publié chez Larcier en novembre 2020 (« La nouvelle dimension de la superficie », p. 371 et s.).

Par. 1^{er}. Notion : la nouvelle définition du livre 3 comparée à la superficie anciennement définie

I. Nouvelle définition de la superficie : premières analyses et mises en perspective

221. La nouvelle définition de la superficie est donnée par l'article 3.177, dans les termes suivants : « *Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations* ».

222. L'**exposé des motifs de la proposition de loi à la base de la loi**¹⁹¹ apporte les précisions suivantes sur le nouveau régime et sur le droit de superficie dans sa nouvelle définition et concernant son cadre général, nouvellement conçu pour la superficie revisitée.

L'exposé des motifs commence par observer à juste titre que le droit d'emphytéose et le droit de superficie sont des droits qui sont particulièrement utilisés depuis une cinquantaine d'années. Il est indiqué que le livre 3 entend prendre en considération la spécificité du droit de superficie, un droit réel démembré qui entraîne une dissociation, temporaire normalement, de la propriété immobilière.

D'emblée, l'exposé des motifs met l'accent sur la logique nouvelle que le législateur a choisie pour la définition de la superficie, à savoir celle qui fait intervenir la **notion de volume**.

¹⁹¹ Que nous prendrons comme dernier stade des explications pertinentes. Cfr. Doc. de la Cambre, 55 D. 0173/001, p. 329 et s., ci-après « *l'exposé des motifs* ». Il faut savoir que ce texte est le résultat de nombreuses discussions antérieures – cfr. avant-projets - sur lesquelles nous ne pourrions pas nous arrêter

Il est expliqué en effet que le droit de superficie engendre « (...) un droit de propriété sur un volume, volume dans lequel le superficiaire peut avoir acquis ou peut réaliser lui-même des ouvrages ou des plantations. Le droit existe indépendamment de l'exercice de cette prérogative, mais ce pouvoir est bel et bien le coeur des pouvoirs du superficiaire. **Les ouvrages et plantations que le superficiaire acquiert ou réalise ne sont que l'effet de l'exercice du droit réel ; ils ne constituent pas l'objet réel du droit de superficie**¹⁹². Cette finalité du droit de superficie, avoir des ouvrages ou constructions déjà existants ou réaliser des ouvrages, au sens le plus large, ou des plantations, devra nécessairement faire l'objet de l'attention commune des parties, à défaut de quoi le droit de superficie pourrait être requalifié¹⁹³ ; elle devra aussi être réalisée¹⁹⁴, au risque que le droit s'éteigne par non-usage¹⁹⁵. Cette finalité distingue aussi, jointe à la propriété de volumes caractéristique du droit de superficie, ce droit des autres droits réels limités qui sont davantage centrés sur l'usage et la jouissance. **L'emphytéose peut, par exemple, avoir pour objet l'usage et la jouissance d'un volume, bâti ou non, mais n'emporte pas en soi, dans son essence même la propriété de ce volume qui demeure à son propriétaire.** L'essence du droit d'emphytéose est le large usage et la large jouissance du bien d'autrui ; la propriété de certains ouvrages ou plantations en application du concept de superficie-conséquence, ne porte précisément que sur ces ouvrages ou plantations et n'est qu'une conséquence, qu'un accessoire. **Le droit de superficie, lui, donne corps à la troisième dimension du droit de l'immobilier, par l'attribution de la propriété de volume, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'une autre personne, en tout ou en partie. Tous les droits ses devoirs des parties sont ramenés à cette dissociation de la propriété** »¹⁹⁶.

223. Plus loin, l'exposé des motifs contient d'intéressantes explications complémentaires au sujet de l'évolution du droit de superficie et ses rapports avec l'emphytéose, avec laquelle elle aurait été interchangeable en pratique, d'où la volonté du législateur semble-t-il de distinguer davantage, et de clarifier les concepts¹⁹⁷. Nous ne pouvons pas entrer dans le détail à cet égard¹⁹⁸ mais signalons les éventuels risques de requalification dans un sens ou dans l'autre.

224. On ne peut qu'être frappé, immédiatement, par la forme de **révolution copernicienne** qu'opère le livre 3 en matière de superficie : la superficie qui, comme son nom l'indique, se conçoit au départ essentiellement comme se développant d'une surface, vers le haut ou vers le bas, ou sur ladite surface (et relevant alors d'une forme de fiction juridique), est définie nouvellement comme étant la propriété d'un volume immobilier, lié à un fonds mais lui-même redéfini en termes de volumes, et ce dans le cadre d'un « *droit d'usage* ».

225. En découle-t-il une clarification du régime de la superficie ? Nous répondrons à la question après être revenus sur l'ancien régime.

Constatons toutefois qu'une certaine complexité caractérise le système ci-dessus décrit, dès l'abord de

¹⁹² Précision qui pourrait voir pour conséquence que le fait de reconnaître à autrui le droit de construire sur un fonds, fréquent dans la renonciation à la superficie, pourrait ne pas plus engendrer le droit. Laissons cette question ouverte et nous y reviendrons.

¹⁹³ Risque non négligeable donc ...

¹⁹⁴ Mais la loi ne prévoit pas de délai, pour des superficies pouvant être de 99 ans ...

¹⁹⁵ Intéressante précision en tout cas.

¹⁹⁶ Cfr. Doc cité, spéc. p. 329. Nous mettons en évidence les passages les plus significatifs.

¹⁹⁷ Cfr. p. 329 de l'exposé des motifs.

¹⁹⁸ Voy. aussi les explications données s p. 331 et s.. Quant au rapport avec le fonds, il est expliqué que : « *On conserve toutefois le point de repère que le fonds, pouvant se réduire à l'extrême à une surface plane en 2D, les droits de superficie pouvant être constitués, sur, au-dessus ou en dessous du fonds comme l'énonce expressément depuis 2014, l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie. Ce projet se situe donc dans le prolongement de cette modification de la loi et dans le prolongement aussi des souhaits exprimés par la pratique immobilière* ». Plus qu'un point de repère, la notion de fonds est quelque peu bouleversée puisqu'il est censé « *comprendre* » des volumes (cfr. art. 3.41. analysé *infra*), ce qui ne se conçoit pas avec un fonds en deux dimensions. Le fonds et les volumes auraient dû être distingués et mieux articulés selon nous ; cfr. aussi ci-après.

la lecture de l'article 3.177. et dans la mesure où le législateur croit utile de distinguer la véritable superficie de la superficie-conséquence qui existe en matière d'emphytéose, et qu'il reconnaît par ailleurs.

Nous pensons que cette obligation pour le législateur d'établir cette distinction délicate, et qui ne répond pas vraiment à l'objectif de transparence et de simplicité par ailleurs souvent mis en évidence par les auteurs du livre 3¹⁹⁹, pourrait être un indice que se cacherait, ancré dans la notion de superficie, dans le fruit de la superficie donc, quelque écueil possible, voire risque d'incohérence, qu'il conviendra d'aplanir si du moins cela est possible.-. Contentons-nous au stade actuel de nous interroger à cet égard. Nous reviendrons sur ces questions essentielles – voire existentielles pour la superficie -, après avoir rappelé le point de départ de la superficie : sa notion telle que découlant de la loi de 1824 revue en 2014.

II. Eléments essentiels et caractères du droit de superficie

A. Eléments constitutifs essentiels du droit de superficie

226. A la suite des considérations qui précèdent, les éléments constitutifs essentiels du droit de superficie sont au nombre de trois :

1) la superficie est un **droit de propriété essentiellement immobilier** s'exerçant sur des bâtiments, ouvrages ou plantations, dans l'ancienne loi ; droit d'usage dans le livre 3 impliquant une propriété sur un volume dans le cadre duquel existe le droit de construire, etc ... ;

2) ce droit, est essentiellement **limité dans le temps**, à la durée de 50 ans, sauf renouvellement, dans le cadre de l'ancienne loi de 1824, 99 ans dans le cadre du livre 3 (outre deux cas de superficie pouvant être perpétuelle (cfr. art. 3.180.)) ;

3) et il doit impérativement porter « **sur, en-dessous ou au-dessus** » un « **fonds** » appartenant à autrui.

Ce droit peut s'exercer à titre onéreux ou à titre gratuit.

B. Caractères du droit de superficie et du contrat de bail de superficie

227. Le droit de superficie présente **cinq caractères** qui découlent de sa définition et de ses éléments essentiels.

Il est :

1) un droit **réel**, de sorte que son titulaire pourra exercer les attributs communs du droit réel que sont le droit de suite et le droit de préférence ; il pourra aussi hypothéquer son droit ; ce dernier pourra faire l'objet d'une possession et d'une acquisition par usucapion, soumises aux conditions de droit commun des articles 2262 et 2265 du Code civil;

2) un droit réel **démembré** – dit droit d'usage dans le livre 3 -: ce caractère intéresse surtout l'analyse doctrinale, mais il est certain que la superficie implique une forme de démembrement de la propriété, à double titre :

- d'abord, *dans l'espace*, en créant une propriété dans le chef du superficiaire, distincte de celle du tréfoncier (il y a donc *démembrement de la propriété*, horizontal en

¹⁹⁹ Cfr. introduction générale de la proposition de loi.

quelque sorte, entre les deux titulaires de droits);

- ensuite, *dans le temps*, en ce que la propriété du superficiaire n'est pas perpétuelle au sens de l'article 544 du Code civil, mais elle est essentiellement limitée à un terme de 50 ans / 99 ans, renouvelable toutefois;

3) un droit plein de **propriété (dans le cadre d'un droit d'usage d'un volume (cfr. livre 3))** dans le chef du superficiaire, sur les constructions, plantations ou ouvrages en question, même si cette propriété est essentiellement temporaire ;

4) un droit essentiellement **immobilier**, d'où deux conséquences : 1) l'application de la loi hypothécaire pour que l'opposabilité aux tiers du droit soit assurée - formalité de la transcription de l'acte constitutif (cfr. art. 3 de la loi²⁰⁰) (et nouveau régime de la publicité foncière) -, et ce également lorsque le droit de superficie naît d'une renonciation à l'accession (cfr. *infra*, enseignement de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 mai 1970, dans l'affaire "*Duyck*" (*Pas.*, 1970, I, p. 801); 2) ce droit immobilier est susceptible d'être acquis par prescription trentenaire ou abrégée, avec pour conséquence qu'il peut aussi faire l'objet d'une *protection possessoire* (cfr. art. 1370 du Code judiciaire), sus l'ancien Code civil ; 3) il peut être aussi prescrit par prescription extinctive trentenaire, notamment si le superficiaire ne construit pas dans les trente ans de la constitution de son droit (cet élément sera important dans le cadre du livre 3 : cfr. *infra*).

5) et un droit essentiellement **temporaire**, d'une durée maximale de 50 ans / 99 ans (+ cas de perpétuité), sauf renouvellement (cfr. art. 4 de la loi de 1824; et voy. livre 3 : art. 3.180) ; **on notera qu'un minimum n'est pas prévu**, à la différence de l'emphytéose pour laquelle un minimum de 27 ans (15 ans dans le livre 3) existe, ce qui confère plus de souplesse à la superficie et permet aux parties de prévoir une durée moindre que 50 ans / 99 ans.

228. Si l'on analyse les choses du point de vue de ce qu'est le **contrat de bail de superficie** et en fonction des caractéristiques de ce dernier, l'on insistera sur les **caractères** suivants : il s'agit d'un contrat : 1) synallagmatique parfait car impliquant des obligations dans le chef des deux parties; 2) à titre onéreux; 3) à durée déterminée; 4) et à prestations successives dans le temps.

Découlent de ces caractéristiques, l'application des règles de droit commun attachées aux contrats en question, telles que l'application du pacte commissoire tacite (art. 1184 du Code civil), découlant du caractère synallagmatique du contrat, ou l'absence de résolution rétroactive découlant du caractère à prestations successives dans le temps, du contrat.

²⁰⁰“Le titre constitutif du droit de superficie devra être transcrit dans les registres publics à ce destinés”.

III. Evolution générale et cadre général : une notion en mouvement centrée sur l'idée de surface mais accueillant aussi la notion de volume

A. Rappel de la notion (et évolution) ; et les parties à la superficie

229. L'**histoire des droits** et des institutions est essentielle, qu'elle soit l'histoire ancienne ou l'histoire récente essentiellement issue de la jurisprudence de la Cour de cassation.

Elle permet en effet de comprendre le pourquoi des choses : le pourquoi et la nature de la superficie sont inséparables de son histoire.

Dans une étude publiée sous le fameux arrêt de la Cour de cassation dans l'affaire « *Résidence Picasso* », du 14 septembre 2013, que nous reverrons *infra*, M J. Périlleux a rappelé à juste titre d'où vient l'institution, et quelles sont ses particularités dans notre droit²⁰¹.

Le droit de superficie est apparu en droit romain, lorsqu'il fallait valoriser les propriétés en hauteur, au-dessus du forum romain notamment, comme aujourd'hui il convient pour les pouvoirs publics de pouvoir valoriser leurs propriétés immobilières, leurs fonds, tréfonds et « *sur-sols* » (volumes immobiliers). Elle a connu la remarquable renaissance que l'on sait au travers des lois hollandaises de 1824, elles-mêmes explicables pour une bonne part par des coutumes de droit hollandais relatives à l'exploitation de terres agricoles dont certaines contrées des Pays-Bas, d'où l'octroi de droits, de nature personnelle d'abord, puis réelle, de longue durée.

230. Le **nom de superficie** est évidemment essentiel : nous avons affaire au départ à un droit de propriété qui implique le droit d'être propriétaire de construction plantations et ouvrages, réalisé **sur le fonds d'autrui, dans le cadre d'une surface où construire, planter et faire des ouvrages, ou superficie**²⁰².

Chaque mot, et élément de la définition, a son importance et l'on verra que la nouvelle définition de la superficie, donnée par le livre 3, n'a plus grand-chose à voir avec le sens premier du droit, et son économie générale à la base.

231. L'on sait que les institutions et le droit doivent évoluer pour répondre aux besoins sociaux. La propriété en volumes doit pouvoir se développer dans notre système de droits réels, en particulier immobilier. C'est une évidence, économique et sociologique, et qui touche à la nécessaire valorisation des propriétés urbaines (dans des contextes de croissance des populations), mais dans le respect, toutefois, d'autres contraintes, telles que celles gouvernant l'environnement ou la situation des villes, à organiser au mieux en ayant une vision urbanistique globale et environnementale.

232. L'évolution de la notion s'est faite en deux temps, si l'on se réfère au

²⁰¹ Cfr. la remarquable étude de cet auteur, « Picasso ... un classique ! A propos de la propriété des volumes dans l'espace », *R.C.J.B.*, 2014, p. 298 et s.

²⁰² Cfr. *infra*, les analyses de H. De Page rapportées par J.-M. Chandelle, et confrontées à la pratique : réf. 24.

cadre actuel (outre le 3^{ème} temps résultant du nouveau livre 3).

L'article 1^{er} de la loi de 1824 définissant la superficie a en effet été modifié afin de permettre une extension, vers le haut et vers le bas surtout, du droit de superficie.

- 1) L'article 1^{er} de la loi d'origine hollandaise du 10 janvier 1824 ("loi contenant le sixième titre du second livre du Code civil" des Pays Bas sanctionnée par Guillaume d'Orange)²⁰³, donnait la définition suivante avant la loi du 25 avril 2014 : "*Le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui*" (mis en évidence et souligné par l'auteur) ; la « *superficie* » au sens étymologique et strict du terme, et au sens courant de la notion, renvoie à tout ce qui est construit au-dessus du sol : **une propriété de bâtiments, ouvrages ou plantations ; donc ce qui est « au-dessus » - « super » - du sol ;**

- 2) Cette définition initiale de l'article 1^{er} a été modifiée et étendue par la loi du 25 avril 2014, le texte de l'article 1^{er} devenant le suivant : « *Le droit de superficie est le droit qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui. Le droit de superficie peut être constitué par tout titulaire d'un droit réel immobilier dans les limites de son droit* ». Ce n'est donc plus la superficie au sens strict et étymologique, mais l'on reste dans une logique de relation essentielle par rapport au fonds, et simplement, le champ d'application a été ouvert vers le bas, ce qui était déjà une bonne chose.

La définition était également plus souple dans le cadre en quelque sorte aérien du droit de superficie. En effet, La loi de 2014 avait aussi créé plus de souplesse pour permettre les opérations de superficie « *sur* » mais aussi « *au-dessus* » du fonds d'autrui, donc par exemple sur des bâtiments (entre autres pour placer des panneaux photovoltaïques et permettre d'hypothéquer les droits aux fins d'obtenir des financements²⁰⁴).

La loi de 2014 avait d'ailleurs à cette fin aussi remplacé les mots « *propriétaire du fonds* » par ceux de « *constituant du droit de superficie ou son ayant droit* », dans les autres articles de la loi de 1824, ce qui étendait l'éventail des possibles quant aux sujets de droit pouvant constituer une superficie (et l'hypothéquer).

La modification de l'article premier, quant à la définition de la superficie comme on vient de le voir et « *en-dessous* » du fonds, était une modification importante en

²⁰³ Au sujet au sujet de cette loi et de ses très brefs travaux préparatoires, de peu d'intérêt, cfr. *Pasin.*, 1824, p. 437 et s.

²⁰⁴ Etant entendu que la solution apportée à ce type de nouveau bien et procédé technique ne sera pas suffisante et que la nécessité de mieux compléter le régime sera l'un des motifs d'élaboration du nouveau régime de la superficie par le livre 3 : cfr. *infra*.

pratique, qui étendait le droit de superficie et lui donnait plus de précision et de dynamisme aussi (et un cadre davantage propice à la sécurité juridique), ainsi que le demandaient les praticiens et la doctrine.

233. Le **livre 3** a fait progresser, voire littéralement fait exploser le concept et le cadre de de superficie en le transformant en une propriété axées sur des volumes, par son article **3.177.**, une de ses dispositions-phares selon nous : « *un droit réel d'usage qui concerne la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations* » (nous mettons en évidence).

Dans le même temps, le nouveau législateur ne craint pas de modifier également, de façon radicale, la notion de fonds, toujours pour y accueillir la volumétrie, en prévoyant à l'article 3.47, al. 1er, qui définit la première notion d'immeuble par nature, que « *Sont immeubles par leurs nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant, déterminés en trois dimensions* »²⁰⁵.

Le fonds n'est donc plus le fonds de terre au sens courant et simple du terme : il devient une entité globale, avec une partie de terrain ou sol et des volumes, impliquant l'existence d'un terrain, mais surtout étant censé se « composer » de surcroît de volumes dits en 3 dimensions, notion qui devient centrale dans la nouvelle superficie, et qui pourtant n'est réellement définie nulle part.

234. Or, la superficie, au sens courant du terme, c'était bien, répétons-le, au départ, *tout ce qui est au-dessus du sol*²⁰⁶, et ce sans même comprendre le sol en principe.

Nous venons de constater l'importante évolution à cet égard, positive, opérée en 2014, et beaucoup plus radicale encore avec le livre 3 qui s'écarte de l'idée de surface vers celle de volume, ce qui répond aux souhaits des praticiens

232. On sait par ailleurs que le titulaire du droit de superficie est le **superficiaire**. Il exerce son droit sur le fonds d'autrui. Le propriétaire du fonds est le plus souvent dénommé « *tréfoncier* » ou propriétaire²⁰⁷. Nous verrons plus loin comment départager les propriétés horizontales de l'un et de l'autre.

La définition légale est en principe d'interprétation restrictive en vertu du principe du « *numerus clausus* » des droits réels (cfr. aussi art. 3.1. du livre 3). La notion de droit de superficie ne pourrait dès lors être dénaturée par une convention particulière, même

²⁰⁵ Le texte néerlandais, qui semble être le point de départ de l'énoncé de la définition, étant significatif : « *Onroerenduit hun aard zijn de grond en de samenstellende volumes, die in drie dimensies zijn bepaald* ». « *Composant* », en français implique une idée d'intégration des volumes dans le fonds, ce qui est étrange et contraire au sens commun, mais est la traduction renvoyant à des volumes « *saiuënstellende* ». Il sera aussi dit plus loin qu'en néerlandais « *grond* » implique l'idée de volume (mais pas vers le haut nous semble-t-il).

²⁰⁶ Cfr. G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 2007, 2^{ème} sens, spéc. p. 897; voy. aussi ci-après, le sens donné par H. De Page.

²⁰⁷ Au sujet de l'impropre terminologie définissant généralement le propriétaire du sol, cfr. J.-M. Chandelle, V^o cité, *R.P.D.B.*, n^o 4 et 147 et s.

si, comme on va le voir, le régime de la superficie est supplétif sauf en ce qui concerne la durée du droit (50 ans maximum sauf renouvellement dans le cadre ancien ; règle qui était d'ordre public).

La nouvelle définition donnée par le livre 3, recourant au concept proche d'être virtuel, à savoir le « *volume* », est telle que cette définition du droit de superficie connaît une extension indiscutable qu'il conviendra d'appréhender au mieux, en théorie et en pratique, ce qui constitue un véritable défi pour le futur de la loi lié à une superficie conçue intrinsèquement sur la base de cette notion de volume (mais aussi dans le cadre d'un droit d'usage et de propriété : rien n'est simple donc).

B. Du fonds au volume : notions et le paradoxe initial de la superficie ; autres aspects de celle-ci

235. La notion de superficie se comprenait par rapport aux rapports pouvant s'articuler en relation avec un fonds au sens classique du terme.

Dans le système actuel²⁰⁸ tel que revu en 2014:

1) le droit doit / devait exister en rapport avec un "*fonds*", à savoir un fonds de terre bâti ou non bâti; "*fonds*" vient étymologiquement de "*fundus*" qui désignait d'abord, à Rome, un domaine rural, puis a été étendu également aux domaines urbains ; "*fonds*" est synonyme de *terrain* et est donc plus restrictif qu'immeuble; c'est le type d'immeuble par nature par excellence ; comme l'écrivait H. De Page : "*Le fonds, c'est la base, le fondement d'une construction : la construction même s'appelle la superficie*"²⁰⁹ (nous soulignons) ;

2) on se souviendra aussi que le "*fonds*" de terre s'oppose / s'opposait en principe aux bâtiments ; on aurait pu en déduire que la superficie ne pouvait en principe porter

²⁰⁸ Encore en vigueur jusqu'au 1^{er} septembre 2021, et en gardant en mémoire les dispositions transitoires de la loi, à savoir l'article 37 du chapitre 5 de la loi concernée, prévoyant : « §1^{er}. *La présente loi s'applique à tous les actes et fait juridiques qui ont eu lieu après son entrée en vigueur. Sauf accord contraire entre les parties, elle ne s'applique pas : 1° aux effets futurs des actes juridiques et des faits juridiques survenus avant son entrée en vigueur ; 2° aux actes juridiques et aux faits juridiques qui se sont produits après son entrée en vigueur et qui se rapportent à des droits réels découlant d'un acte juridique ou d'un fait juridique survenu avant son entrée en vigueur. Les dispositions de la présente loi ne peuvent porter atteinte aux droits qui auraient été acquis avant l'entrée en vigueur de la présente loi.* § 2. *Lorsque le délai de prescription a commencé à courir avant l'entrée en vigueur des nouveaux délais de prescription prévus par la présente loi, la prescription ne court qu'à compter de cette entrée en vigueur. La durée totale du délai de prescription ne peut toutefois excéder celle qui était applicable avant l'entrée en vigueur de la présente loi* » (mis en évidence). Au terme de ces dispositions transitoires, le constat est clair : il nous faudra conserver dans notre mémoire juridique et dans le cadre de notre capacité d'application du droit, pour longtemps encore, les deux Codes : l'ancien et le nouveau, vu l'importance de ces dispositions dont résulteront le maintien de l'ancien régime en rapport avec nombre de situations.

²⁰⁹ Au sujet de ces éléments, cfr. H. De Page, *Traité, op. cit.*, t. V, spéc. n° 630, sur la notion d'immeuble par nature comprenant d'abord les terrains).

sur des bâtiments déjà existants, appartenant à autrui, mais il faudra se garder de conclusion hâtive à cet égard, grâce aux apports de la jurisprudence de la Cour de cassation notamment et de la pratique notariale ayant réglé ce genre de question dans un sens raisonnablement extensif et dynamique (en ce compris dans le sens du droit de construire ou établir les futurs ouvrages, bâtiments, ou plantations, sans quoi la superficie n'aurait pas d'intérêt et de sens);

3) le droit doit / devait porter précisément “**sur**” le « *fonds* » ; qu'en déduire ?

3.1.) « **sur** » le **fonds** impliquait que ce soit sur le **sol, partie qui affleure, du fonds**, et son assiette donc ; l'on était dès lors amené à se demander s'il ne fallait pas dès lors distinguer le fonds de terre au sens large, comprenant plus largement le sol et le sous-sol, qui est l'ensemble des éléments qui composent le sol : sable, argile, pierres, autres minerais, marbres, carrières, nappes d'eau et pétrolifères, etc ..²¹⁰, du fonds au sens strict, étant la partie “*sol*” ou terrain du bien immeuble par nature en question, distinguée de sa partie “*sous-sol*” (tréfonds *sensu stricto*); « **sur** » le sol signifiait à tout le moins en contact avec le sol, ou posé sur la surface et l'assiette concernée ;

3.2.) avec la loi de 2014, est ajoutée opportunément une ouverture de la superficie vers ce qui se trouve « *au-dessus* » du fonds, donc au-dessus du sol – à savoir en principe sans contact avec le sol, ou emprise dans le sol - et pas uniquement « **sur** » le sol ;

3.3.) est également créé un élément dynamique nouveau en rapport avec le *sous-sol*, encore dénommé “tréfonds” - venant du latin “*terrae fundus*”²¹¹ -;

236. Il existe un **paradoxe la superficie**, définie comme une **surface en tant qu'assiette des constructions, ouvrages ou plantations (et finissant pas s'apparenter à ceux-ci** : cfr. ci-après, réf. 25), mais **comprenant aussi, dès l'origine, des volumes** liés à une assiette, où le superficiaire est en mesure de construire, et de devenir propriétaire des constructions et autres ouvrages y établis.

237. Ce paradoxe a été remarquablement exprimé par M. J.-M. Chandelle dans son V° consacré à la Superficie, dans le *R.P.D.B.*, en 1991, comme suit :

« Il est curieux et sans doute paradoxal d'employer le terme « superficie » pour désigner le droit portant sur des constructions, plantations et, autres ouvrages incorporés à un terrain, **c'est-à-dire des volumes**. C'est d'ailleurs bien d'un volume et non d'une surface que traite l'article 552 du Code civil lorsqu'il envisage l'étendue en hauteur et en profondeur de la propriété immobilière. La conception de géométrie plane de la loi, tel qu'il est révélé par l'emploi du mot « superficie », résulte de l'organisation du cadastre et, plus précisément, du répertoire en surface de la propriété immobilière que l'on trouve dans le mécanisme de la transcription et de la publicité hypothécaires »²¹².

²¹⁰ Cfr. H. De Page, *Traité*, t. V, *op. et loc. cit.*, spéc. n° 630, suite.

²¹¹ Une confusion pourrait exister entre le fonds et le tréfonds si on traduit littéralement ce dernier par “*fonds de terre*” sur la base de l'expression latine “*terrae fundus*”, prise au sens large. Il faut donc privilégier ici le sens strict : “*terrae fundus*” = tréfonds = *sous-sol*.

²¹² V° *Superficie*, *R.P.D.B.*, Complément, 1990, spéc. n° 2, p. 1122 ; J.-M. Chandelle poursuivait comme suit, en remettant à juste titre les choses dans leur perspective concrète ; la notion légale de superficie repose sur une **fiction** (J. Falys, « *Du droit de superficie des concessionnaires et permissionnaires sur les constructions élevées par eux sur le domaine public* », *Ann. De dr. et de sc. Pol.*, 1960, p. 82), et requièrent donc un certain

238. Qu'en est-il des éléments en rapport avec le fonds, en pratique, en dépassant en quelque sorte le paradoxe de la superficie ?

Le droit de superficie a pour base, le fonds d'autrui. Il en résulte une double portée, ou dimension concrète, à la base – et faisant l'objet - du droit :

- une **surface ou une forme d'assiette**, à savoir être **sur (superficie) le sol, sur la parcelle** où pourront se trouver les constructions, etc ..., à établir, ou celles s'y trouvant déjà et que le superficiaire peut racheter (cfr. art. 5 de la loi de 1824) ; ce mécanisme est remarquablement exprimé par H. De Page : en effet, dans la superficie pure, « *il faut concevoir « un plan idéal se superposant immédiatement à la surface du fonds* » (De Page, t. V, n° 681), *le sol et le sous-sol étant exclu du champ d'application « ratione materiae » du droit de superficie* » ; c'est sans doute vrai mais cette vision de la superficie s'apparente à une forme de **fiction juridique** ;

- de sorte que, la **zone en hauteur (sur et au-dessus) ou en-dessous du fonds, donc un volume, mais rattaché à une assiette s'y intégreront sauf exclusion**; dans ce cadre le superficiaire pourra donc construire ses constructions nouvelles, etc ... ; on voit ainsi que si le bien n'est pas encore construit, le superficiaire dispose d'un droit, au début, qui porte bien sur *une forme de volume indirect* dans l'espace, lui permettant d'ériger les constructions, ouvrages ou plantations en question, et d'en devenir propriétaire ; l'important arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2013²¹³, rappelé *infra*, confirmera cette analyse ; en d'autres termes, le droit de superficie peut par définition porter sur des bâtiments à venir (outre éventuellement les bâtiments existants) ; la Cour de cassation rendra toutefois une décision contenant un élément restrictif – exclusion de la superficie ou de tout droit réel portant sur un simple volume d'air - dans l'affaire « *Résidence Picasso* » de septembre 2013, cité également *infra* ;

- le livre 3 ira plus loin en prévoyant que l'objet de la superficie est **directement la propriété d'un volume** (cfr. art. 3.177.) ;

effort d'imagination : il faut concevoir « un plan idéal se superposant immédiatement à la surface du fonds » (De Page, t. V, n° 681), le sol et le sous-sol étant exclu du champ d'application « ratione materiae » du droit de superficie. Bien qu'elle frappe, l'image utilisée par De Page ne doit cependant pas faire oublier que la superficie aboutit en fait à une véritable occupation du sol par le superficiaire, privant la propriété du sol en surface de son utilité. En outre, le droit de construire implique le droit d'ancrer dans le sol la construction est donc y pratiquée tous travaux de fondation nécessaire. Une conception unidimensionnelle rend difficile l'appréhension par le droit de l'espace nécessaire à la construction » (nous mettons en évidence).

²¹³ *Pas.*, 2013, I, p. 1151.

239. On sait que dans le système dit de l'ancien Code civil, **la superficie déroge fondamentalement aux articles 552 et 553 du Code civil prévus en matière de propriété immobilière et d'accession**²¹⁴ puisque, d'une part, elle implique une propriété des éléments qui se trouvent sur le sol, distincte de la propriété du sol et du tréfonds, et que, d'autre part, elle paralyse le jeu des présomptions déduites des articles 552 et 553.

La superficie déroge à l'accession immobilière. Elle en diffère dans le temps, en reporte donc le mécanisme pendant toute la durée du droit. A la fin du droit, se produit l'accession en vertu de l'article 6 de la loi de 1824 et sur la base de la convention des parties, le cas échéant. L'on peut donc parler d'*accession différée* comme en matière de bail à l'égard des améliorations séparables faites par le locataire²¹⁵²¹⁶.

La superficie emporte pendant toute la durée du droit une dissociation dans l'espace²¹⁷ de la propriété entre le propriétaire du sol et du sous-sol, le *tréfoncier*, et le propriétaire des constructions ou plantations faites sur le sol ou au-dessus, le *superficiaire*. Elle crée un démembrement en principe extrinsèque à la propriété entre deux propriétés immobilières d'objet différent, horizontalement superposées et contiguës.

Au moins est-ce la vision classique des choses avant le nouveau livre 3

240. Le lien à la fois de relation avec l'article 552, et de dérogation à cet article, est très fort et l'on verra qu'une manière de constituer, par voie de conséquence, un droit de superficie, consiste pour les parties à prévoir une *clause de renonciation à l'accession*.

Il découle en principe de ce type de clause un droit de superficie plein et entier, soumis au régime supplétif²¹⁸ de la loi du 10 janvier 1824, comme nous le verrons encore à la lumière de la jurisprudence lorsqu'on examinera les modes de constitution de la superficie (un arrêt récent de la Cour de cassation du 6 septembre 2018, nous amenant à approfondir encore cette question).

La superficie déroge également à l'article 553 du Code civil puisqu'elle contredit temporairement la présomption d'appartenance des constructions, plantations ou ouvrages au propriétaire du sol (cfr. la première des trois présomptions énoncées par l'article 553).

241. Il était à noter une différence importante entre le droit belge et le **droit français** à cet égard. Ce dernier ne connaît pas de régime comparable à celui qui découle de la loi du 10 janvier 1824. En droit français, la superficie existe en

²¹⁴ Outre les articles 546 et suivants.

²¹⁵ Et pour les améliorations non séparables, l'on ne pourra appliquer en principe la théorie des impenses.

²¹⁶ Et dont on sait que le régime d'indemnisation éventuelle est réglé, à défaut de convention (très fréquente en pratique), en application de la théorie de l'enrichissement sans cause, si ce n'est quelques errements de la jurisprudence hésitant encore avec une application possible de l'article 555, règle générale.

²¹⁷ Cfr. ci-dessus les termes de l'exposé des motifs du livre 3, mais passant très rapidement au concept de volume.

²¹⁸ Mais d'ordre public quant à la durée.

tant que propriété **perpétuelle**, fondée sur l'**article 553**, début, du Code civil, qui prévoit la possibilité de déroger à la présomption d'identité de la propriété du sol et des constructions. L'on peut donc créer une propriété en rapport avec des constructions, distincte de celle du sol, et cette dernière est en principe perpétuelle. Cette perpétuité a été considérée comme étant un inconvénient de la superficie en droit français, alors qu'en droit belge, le caractère temporaire du droit a été présenté comme un désavantage de cette institution juridique²¹⁹. Où se situent la vérité et le juste équilibre ? En réalité, le législateur hollandais, dont l'oeuvre avait été reçue en droit belge, a eu raison de limiter dans le temps ce droit (mais avec possibilité de renouvellement), pour éviter l'écueil du risque de paralysie de la propriété immobilière. Le livre 3 poursuit une logique de valorisation à plus long terme et y ajoute la dimension cruciale de la volumétrie, au sens juridique du terme, qui d'ailleurs se situe paradoxalement aussi dans la ligne pratique du droit français, lequel connaît depuis longtemps la propriété des volumes²²⁰.

L'article 553 prévoit, *in fine*, que "(...) la propriété (d'un tiers peut) être acquise ou pourrait être acquise par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie d'un bâtiment"

Naît alors, dans ce cas de figure spécifique, une propriété pleine et entière, à caractère perpétuel, et non un droit de superficie. L'article 553, *in fine*, vise le cas où le propriétaire d'un fonds a construit un souterrain **sous** le fonds d'autrui, ou bien encore a empiété par un bâtiment **au-dessus** du fonds ou de la construction d'autrui (ou sur celle-ci, par exemple en unissant à son bâtiment une partie d'une construction voisine). Le droit de superficie suppose quant à lui une construction directement ancrée dans le fonds d'autrui²²¹.

242. La superficie a dès lors été conçue comme un droit réel de propriété **essentiellement temporaire sous la lois de 1824 - 50 ans maximum, sauf renouvellement – (règle d'ordre public), portant sur des constructions, ouvrages ou des plantations faites sur le fonds d'autrui**. Ce droit est essentiellement limité dans le temps et dans l'espace.

Le livre 3 déroge à cette réalité historique de la superficie, en revoyant radicalement la notion et en changeant les règles de durée, et en prévoyant même à cet égard un mécanisme de superficie perpétuelle dans certains cas limitatifs, ce qui constitue une des importantes innovations du régime.

²¹⁹ A ce sujet, cfr. C. Renard, "La renonciation à l'accession", note sous l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 13 mai 1970 dans l'affaire "Duyck", examiné *infra*. *R.C.J.B.*, 1980, p. 18 et s., spéc. p. 30 et 31, conclusion en particulier.

²²⁰ Cfr. les études de Savatier citées en note 2. La question devrait être étudiée en droit français, mais elle dépasse l'objet de la présente étude et l'espace qui lui est imparti dans cet ouvrage. Voy. aussi J.-M. Chandelle, étude citée, in *R.P.D.B.*, n° 11 et s. sur les très intéressants aspects de droit comparé de la superficie.

²²¹ Cfr. C. Renard, étude citée, *R.C.J.B.*, 1980, spéc. n° 3 p. 22 et n° 8, p. 30).

243. La comparaison avec le droit d'emphytéose est intéressante dans le système actuel - ou ancien - : la superficie emporte un droit de propriété spécifique alors que le droit d'emphytéose est un droit de jouissance général; mais l'emphytéose elle-même peut-être à l'origine d'une superficie-conséquence, ou accessoire (pour reprendre les termes de la Cour de cassation : cfr. *infra*).

Le droit d'emphytéose porte aussi sur un “*immeuble*”, de façon générale, notion plus large que celle de « *fonds* », et elle n'était pas limitée à tout ce qui se trouve “*sur*” le sol comme la superficie avant la loi de 2014.

244. Les données qui précèdent ne nous permettent pas encore de bien juger de la pertinence de la définition de la superficie donnée par le livre 3.

Il faut s'arrêter, quant à la notion et au régime de la superficie, sur la jurisprudence de la Cour de cassation qui a apporté des précisions essentielles sur l'économie générale de ce droit réel, et les principes aux règles qui le gouvernent.

C. La superficie dans la jurisprudence de la Cour de cassation : synthèse des principes et règles découlant de la jurisprudence

245. **Rmq. préliminaire.** La jurisprudence de la Cour de cassation est de la plus grande importance pour comprendre la notion et le cadre juridique dans lequel a été inscrite la superficie. Elle tient en quelques arrêts fondamentaux qui doivent être rappelés afin de permettre d'apprécier le régime qui découle du nouveau livre 3. Nous pensons qu'un retour sur les éléments résultant de cette jurisprudence nous permettrons de mieux comprendre le livre 3.

Ces arrêts expriment les principes qui ont fait la richesse de la notion et du régime de la superficie. On relèvera ici la base prétorienne qui démontre qu'il était loin d'être indispensable que le législateur intervienne en réécrivant tout le régime de la superficie.

Les principes et règles qui ont été dégagés par la Cour de cassation sont les suivants.

1) la superficie n'exclut pas qu'une propriété perpétuelle en sous-sol puisse être créée.

246. Ce principe résulte de deux arrêts.

1) Arrêt de la Cour de cassation du 28 novembre 1969 (Pas., 1970, I, p. 274) rendu dans l'affaire Miguet*** (Décision n° 46)

Par le premier arrêt du 28 novembre 1969, rendu dans l'affaire dite “*Miguet*”²²², déjà examiné – cfr. *supra*, n° 69, dans le domaine de l'accession - se posait la question du statut d'un **volume, mais ici construit et délimité en sous-sol.**

²²² *Pas.*, 1970, I, p ; 214. Et *Entr. et Dr.*, 1971, p. 75 et la remarquable note du professeur M. Hanotiau

La Cour de cassation a décidé, pour rejeter le moyen dont elle était saisie, que: “(...) l’arrêt décide que le sous-sol litigieux est demeuré la propriété des deux premiers défendeurs; **Attendu que la disposition de l’article 552 du Code civil aux termes de laquelle la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous n’implique pas qu’une personne ne puisse être propriétaire du sous-sol d’un bien immobilier dont le sol n’est pas sa propriété; Attendu que l’arrêt ne fait pas application des articles 517 à 526, 553 à 555 du Code civil et 1er de la loi du 10 janvier 1824; Qu’en cette branche, le moyen ne peut être accueilli**” (mis en évidence et souligné), et la Cour précisa, quant à une seconde branche du moyen : “Attendu qu’en décidant que les vendeurs sont demeurés propriétaires du sous-sol, la cour d’appel entend décider que leur droit de propriété a pour objet **non un espace ouvert mais un emplacement propre à servir de parking; Qu’en cette branche, le moyen manque en fait**” (mis en évidence).

Le droit exercé en sous-sol était une propriété distincte, et qui portait en réalité sur une partie du sous-sol et non sur un volume d’air : une assiette du sous-sol délimitait celui-ci (formant le revêtement du parking), ainsi que le volume du parking en question, arrêté par les plafonds et murs situés alentours). Sur ces éléments, constituant l’*emplacement propre à servir de parking*, existait donc un droit de propriété privative distinct : 1) des éléments de copropriété commune (droits dans les parties communes et autres éléments du sous-sol); et 2) des éléments de propriété privative des autres copropriétaires. Une **dissociation dans l’espace** avait ainsi été créée entre la propriété du sol et celle du tréfonds - ici partiellement isolée -, ce qui est parfaitement possible -. **Cette propriété dissociée du sous-sol était une pleine propriété perpétuelle (cfr. art. 544 du Code civil)**. Tel était l’un des enseignements à déduire de l’arrêt, qui pouvait être exploité dans la pratique notariale -, dès lors que l’article 552 ne constitue qu’une présomption “*juristantum*”²²³.

2) Arrêt de la Cour de cassation du 6 septembre 2018

247. La Cour de cassation a rendu un arrêt en 2018 qui a beaucoup intrigué la doctrine.

Il s’agit d’un arrêt de la Cour de cassation du 6 septembre 2018²²⁴ : arrêt de la « *chaufferie ou cave perpétuelle* »

Il portait sur le sort d’une cave en sous-sol : quel droit réel concernait cette cave ayant été mise à part par les parties qui avaient cédé des biens autour. En effet, le litige, mêlant indivision et propriété, était le suivant : un couple avait fait donation, en 2001, à chacun de leurs fils de la pleine propriété de parties d’un bâtiment de ferme, le premier fils recevant un appartement en lot 1, et le deuxième fils, un autre appartement en lot 2. Par la suite le père décéda en juin 2008, sa succession étant recueillie par sa veuve et ses enfants. Quel était dans le cadre de la donation initiale, le statut de la cave où se

²²³ Restera à voir quelle est la nature du droit sur le sous-sol - question qui n’était pas centrale dans l’espèce ci-dessus analysée : droit de superficie, ou droit de propriété plein et entier dès lors que l’on ne pourrait pas, selon certains, concevoir un droit de superficie sur le sous-sol, en raison d’une lecture stricte de l’article 1er de la loi du 10 janvier 1924 sur le superficie, dans sa première version,, qui prévoyait que : “*Le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui* ».

²²⁴ Cfr. (C.17/0265.F/1. Voy. le site Juridatt. Sur cet arrêt, voy. entre autres, l’intéressante note du professeur V. Sagaert, « Verzaking aan de natreking is de geest uit de fles », *R.W.*, 2019-20, p. 55 et s.

trouvait notamment la chaudière de l'immeuble, qui apparemment n'avait pas été cédée et était demeurée appartenir au couple de donateurs (qui d'ailleurs semble-t-il avait conservé une bonne partie de la ferme). La veuve avait-elle conservé la propriété de la cave, ou celle-ci était-elle acquise par l'un des fils (et sur quelles bases) ? Un des fils assigna l'autre pour restitution de sommes prises sur des comptes indivis, et le défendeur demanda reconventionnellement l'autorisation de pouvoir rendre privatives les sources d'énergie de son bien (chauffage, eau et électricité)

en supprimant notamment des raccordements desservant, au départ de la cave, dont il considérait qu'il était devenu propriétaire (sans doute en vertu des articles 552 et 553 car la cave se trouverait sous son lot, sous réserve de vérification de cet élément factuel).

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé par le fils qui n'avait pas obtenu satisfaction, dans ses deux branches. La seconde nous intéresse surtout et fut rejetée, aux motifs que : « *Selon l'article 552, alinéa 1^{er}, du code civil, la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Aux termes de l'article 553 de ce code, toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est pas prouvé, sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment*²²⁵. L'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, sans sa version applicable au litige²²⁶, permet de créer un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui et, en vertu de l'article 4 de cette loi, ce droit ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années.

Il ne suit pas de ces dispositions que toute renonciation au droit d'accession engendre la constitution d'un droit de superficie.

Le moyen qui, en cette branche, repose sur le soutènement contraire, manque en droit » (nous mettons en évidence).

Cet arrêt a suscité une certaine perplexité. On peut le dénommer l'arrêt de la « *chaufferie ou de la cave perpétuelle* ». Expliquons-nous.

Nous pensons au vu des arrêts antérieurs que la renonciation à l'accession engendrait toujours en droit de superficie, en tout cas la véritable renonciation classique à l'accession. Telle était l'opinion de la doctrine largement majoritaire, à la suite notamment des analyses du professeur C. Renard sous l'arrêt « *Duyck* »²²⁷. La doctrine ne s'était cependant pas souvent penché sur des hypothèses plus spécifiques, telle que celle rencontrée dans la présente affaire.

Il est vrai aussi que dans l'affaire à l'origine de l'arrêt de 2018, il n'y avait pas précisément eu, à proprement parler, de renonciation à l'accession, mais simplement une donation qui n'avait pas porté sur la cave, d'où une dissociation, semble-t-il, perpétuelle de la propriété quant à ce.

La Cour de cassation aurait dû peut-être utiliser ce dernier type de construction juridique, et relever une dérogation à l'article 552 du Code civil, comme elle l'avait fait dans l'arrêt « *Miguet* », au lieu de semer quelque peu le trouble sur le principe suivant lequel la renonciation à l'accession implique normalement un droit de superficie, admis par doctrine et en pratique. Il en était d'autant plus ainsi que de renonciation à l'accession, il n'y avait pas eu réellement, même si l'on peut comprendre dans une certaine mesure que la Cour ait situé le raisonnement sur cette base puisque le moyen de cassation l'y avait invité en raisonnant en termes de superficie et de renonciation à l'accession.

L'arrêt a cependant raison, en définitive, et **confirme indirectement, selon nous**²²⁸, **l'enseignement de l'arrêt « Miguet ».**

Sous la loi de 1824 et dans le cadre de l'« *ancien* » Code civil, deux types de situations principales peuvent se présenter, outre celles liées à une prescription acquisitive d'un droit de superficie : 1) soit la constitution d'une propriété dissociée, perpétuelle, au-dessus, ou au-dessous du sol ; 2) soit la constitution d'une superficie, le cas échéant par renonciation à l'accession, tacite ou expresse mais certaine (outre le cas de la superficie accessoire).

²²⁵ Ces considérations sont pertinentes et montrent le possible dynamisme de la propriété souterraine.

²²⁶ C'est-à-dire avant la loi du 25 avril 2014 définissant plus largement le droit de superficie en son article 1^{er} : cfr. *supra*.

²²⁷ Cfr. *R.C.J.B.*, 1980, p. 13 et s., voy. notre résumé sous l'arrêt « *Duyck* », ci-après.

²²⁸ Comp. avec les analyses du Professeur V. Sagaert, cfr. la réf. ci-dessus.

Lorsque les parties auront simplement – certainement et réellement (en admettant dans l'espèce concernée qu'autrui puisse construire ou planter sur le fonds du cédant de droit²²⁹) - renoncé à l'accession, ce sera la superficie qui devra être retenue et privilégiée. Mais lorsqu'elles y auront renoncé indirectement, ou n'auront pas du tout raisonné en termes de renonciation à l'accession d'une construction, d'ouvrages ou de plantations à venir, et en ayant eu en réalité une volonté principale de constituer une propriété distincte, au-dessus ou au-dessous du sol, ce sera alors une propriété perpétuelle qui existera.

Cette analyse peut s'appuyer, nous semble-t-il, sur les conclusions du Ministère public, sous la plume de M. l'avocat général Werquin, qui parviennent à la même conclusion, mais, étrangement, sans se référer aux enseignements de l'arrêt « *Miguet* », pourtant utile au raisonnement sur le sujet, ni aux enseignements du professeur C. Renard se trouvant dans sa note publiée à la Revue critique de 1980.

Tel est du moins, une analyse solide selon nous, qui peut être soutenue sur la base de l'arrêt du 6 septembre 2018, combiné avec l'arrêt « *Miguet* », et que n'invalide pas la loi de 2014 sur la superficie.

En d'autres termes : l'on peut, semble-t-il, faire le plus – constituer une propriété perpétuelle – et donc aussi le moins – constituer une superficie : « *Qui peut le plus, peut le moins* » et il semble, en tout cas dans le système actuel précédant le livre 3, que l'on n'est pas obligé de ne recourir qu'à la superficie.

Une simple renonciation à l'accession, ne révélant pas une volonté de constituer une propriété perpétuelle, devait par ailleurs continuer à faire naître uniquement un droit de superficie. Tout dépend de la volonté des parties, outre des cas où une propriété perpétuelle, ou une superficie, aura pu faire l'objet d'une acquisition par prescription acquisitive sur la base d'une usucapion.

Cette analyse valait pour le régime antérieur à la loi de 2014. Vaudra-t-elle encore -pour le régime du livre 3 postérieur à celle-ci ?

Il semblerait a priori que l'on puisse répondre positivement car cette loi ne prévoit pas que le seul type de droit réel auquel on pourrait recourir en rapport avec une construction au-dessus ou en dessous d'un fonds, ne serait qu'une superficie. Mais, réservons notre réponse. Ce point sera approfondi plus loin, et devra sans doute être éclairci par la pratique du nouveau régime et peut-être par la jurisprudence future²³⁰.

2) **La renonciation à l'accession engendre en principe une superficie, sauf volonté des parties de convenir d'une propriété perpétuelle**

248. Nous venons déjà de traiter de ce principe. Rappelons les arrêts qui l'ont mis en évidence dans les années 1970.

Deux arrêts classiques retiennent l'attention plus directement encore à cet égard, l'un, rendu dans une affaire "*Duyck*", et l'autre dans une affaire "*Immogaule*". Ils illustraient l'approche traditionnelle du mécanisme de constitution de superficie par **renonciation à l'accession**, implicite et verbale dans la première affaire car liée à une cession d'un droit de construire, et expresse dans la seconde. Dans une affaire "*Immogaule*", était également opportunément mise en évidence la distinction qu'il convient d'opérer entre la superficie et la copropriété forcée à titre accessoire. C'est surtout le second arrêt qui retiendra notre attention.

Un arrêt plus récent du 6 septembre 2018 a rendu par la Cour de cassation a bouillé quelque peu les cartes en ce qu'il énonce que la renonciation à l'accession n'engendre pas nécessairement un droit de superficie.

²²⁹ Ce qui n'était pas le cas dans cette affaire : la cave existant depuis toujours.

²³⁰ Il faudra régler par la jurisprudence future sur le livre 3, des questions nouvelles, qui ne seraient sans doute pas posées sous l'ancien Code.

1) Arrêt du 13 mai 1970 (Pas., 1970, I, p. 801) : arrêt Duyck

249. Dans la première affaire dite « *Duyck* », fut rendu un arrêt le 13 mai 1970²³¹. L'affaire était particulière : le sieur Duyck avait reconnu à une Société des bétons, un **droit de construire sur un terrain**. La convention avait été verbale et non transcrite; par conséquent elle n'était pas opposable aux tiers (cfr. art. 1^{er} de la loi hypothécaire). Il s'agissait donc d'un **droit de superficie né d'une renonciation à l'accession, elle-même verbale et tacite**, car étant la conséquence d'une cession d'un droit de construire sur un fonds, consentie par Mr. Duyck à la Société des bétons. Par la suite, d'une part des constructions furent érigées par la Société des bétons, d'autre part, le terrain fut finalement vendu à l'initiative de créanciers de Mr. Duyck. Le cahier des charges de la vente publique était clair : ce qui était vendu, c'était le terrain, uniquement le terrain, à l'exclusion des constructions, et le terrain avait été acquis par un sieur Vandervijvere.

Le litige était de nature fiscale. Son élément central portait sur un problème de perception du précompte immobilier et de la qualification de la situation patrimoniale à retenir. L'Etat belge, Ministère des finances, réclama au sieur Duyck : 1) pour la **période I**, antérieure à la vente du terrain, un précompte immobilier calculé sur la base de la valeur du terrain et des constructions; et 2) pour la **période II**, postérieure, un précompte immobilier calculé sur la valeur des constructions uniquement. En d'autres termes, le fisc n'a pas reconnu le droit de superficie consenti à la Société des bétons, pour la période antérieure à la vente, et a admis l'existence d'un droit sur les constructions - l'équivalent d'un droit de superficie donc - pour la période postérieure, dans le chef de Mr. Duyck. Pour la période antérieure, le fisc pouvait invoquer les articles 552 et 553 du Code civil : le sieur Duyck était présumé être propriétaire des constructions érigées sur le fonds, et la présomption applicable ne pouvait être renversée par l'existence d'un droit de superficie non rendu opposable. Pour la période postérieure à la vente, il convenait de constater que les présomptions de propriété des articles 552 et 553 n'avaient pu opérer à l'égard du nouveau propriétaire du terrain, la propriété de ce dernier, distinguée de celles des constructions, ayant été seule cédée à ce tiers par un acte valable et opposable. A la conservation des hypothèques, seule la vente du terrain avait en effet été transcrite, à la suite de la vente publique.

Le juge du fond décida que l'Etat belge, Ministre des finances, avait raison : puisque le droit de superficie consenti par le sieur Duyck n'était **pas opposable à l'administration fiscale, à défaut de transcription** du titre à l'origine de ce droit, au bureau de la conservation des hypothèques (cfr. art. 1^{er} et 3 de la loi du 10 janvier 1824 et application de l'art. 1^{er} de la loi hypothécaire), il s'ensuivait que M. Duyck était resté, à l'égard du cadastre, tant avant qu'après la vente du terrain, propriétaire des constructions et par conséquent redevable sur celles-ci du précompte immobilier, en vertu de l'article 155 du Code des impôts sur les revenus, comme indiqué ci-dessus. Le juge du fond écarta aussi l'argument du contribuable Duyck suivant lequel les acheteurs du terrain étaient présumés propriétaires des constructions, en vertu des articles 552 et 553 du Code civil et de l'accession qui avait dû se produire selon lui.

L'arrêt de la Cour de cassation rejeta à juste titre le pourvoi assez faible du sieur Duyck. Il rappelle les énonciations et décisions du juge du fond. Un rejet de toute contradiction dans la décision du juge du fond est d'abord décidé puis la cour ajoute, en application des articles 552 et 553 du Code civil, et en deux temps :

- 1) “ (...) que la règle des articles 552 et 553 du Code civil régit la situation créée par l'établissement de constructions, plantations et ouvrages sur un fonds, mais ne s'applique pas au cas où le fonds, sur lequel des constructions, plantations et ouvrages ont été établis, est aliéné; que ce dernier cas est réglé par les principes régissant l'aliénation et que **lesdites dispositions n'interdisent nullement la séparation de la propriété du fonds de celle des constructions, plantations et ouvrages érigés sur le fonds**” (nous mettons encore en évidence);
- 2) et “Attendu, en outre, que ces mêmes articles ne créent qu'une présomption de propriété sur les constructions en faveur du propriétaire du fonds, jusqu'à preuve du contraire; que la cour d'appel a pu considérer que cette preuve contraire résulte, en l'espèce, des mentions de l'acte d'achat, aux termes duquel la propriété du sol et celle des constructions sont séparées et l'acheteur ne peut obtenir la propriété des constructions qu'à condition de respecter les délais et conditions expressément stipulés; Que le moyen ne peut être accueilli;”.

Le **professeur Claude Renard** a développé une fine analyse de cet arrêt « *Duyck* », dans une note publiée à la Revue critique de jurisprudence belge, en 1980. Il s'était demandé si la Cour de cassation avait ou non reconnu implicitement la qualification de superficie, résultant de la renonciation à l'accession en l'espèce. Il a conclu à juste titre

²³¹ *Pas.*, 1970, I, p. 801 - arrêt traduit -; *R.C.J.B.*, 1980, p. 13 et s., et note de C. Renard, “La renonciation à l'accession”, p. 18 et s.

positivement sur ce point, après avoir écarté d'autres interprétations complémentaires de l'arrêt, plus complexes et plus incertaines, en ces termes : "(...) *en renonçant à l'accession, le propriétaire du fonds cède en réalité une partie de sa propriété; cette partie cédée doit normalement conserver aussi la même nature et les mêmes qualités que celles que possédait l'ensemble originnaire. Il en irait ainsi si la loi n'était pas intervenue et c'est le cas en France. Mais en droit belge, la solution est toujours la même : avoir, par quelque procédé que ce soit, des constructions, plantations et ouvrages sur le sol d'autrui constitue un droit de superficie régi par la loi de 1824 et dès lors temporaire en vertu d'une règle d'ordre public. Rien, dans l'arrêt de 1970, n'autorise à penser que la Cour ait pu se livrer à des spéculations aussi hasardeuses*²³²; rien n'y apparaît qui fasse penser qu'elle refuse de donner à l'appropriation des constructions obtenues par rétention la qualification de superficie"²³³²³⁴.

Cette analyse était tout à fait pertinente. On aurait pu y ajouter la référence à l'enseignement de l'arrêt « Miguet » du 28 novembre 1969.

2) Arrêt de la cour de cassation du 19 mai 1988 dans l'affaire Immogaule*** (Décision n° 58)

249. La Cour de cassation a confirmé les enseignements qui précèdent par arrêt rendu dans une affaire « Immogaule », du 19 mai 1988²³⁵. Elle y a fait apparaître aussi les différences existant entre superficie et copropriété forcée accessoire quant aux droits en rapport avec le sol.

La Cour a, avec raison, dans cette affaire, cassé la décision de fond qui avait annulé une saisie immobilière parce qu'elle ne portait pas aussi sur le dol. La motivation de l'arrêt se structure comme suit : 1) rappel de l'article 577bis, § 9, du Code civil, dont la Cour a déduit la conséquence suivante : "(...) *le caractère accessoire desdits biens implique que chacun des propriétaires des "héritages distincts" soit, en même temps, copropriétaire indivis des accessoires affectés à l'usage commun*"; 2) **qualification de la renonciation à l'accession en tant que mode de constitution d'un droit de superficie** : "*Attendu que, par la renonciation à l'accession des constructions érigées par la s.p.r.l. Immogaule, la défenderesse - S.A. Etablissements Emile Fontaine - a consenti en faveur de celle-ci un droit de superficie et est restée seule propriétaire des quotités de terrain sur lesquelles s'élèvent ces constructions*" (souligné par le soussigné); 3) rejet de la qualification de copropriété forcée à titre accessoire, et de l'application de la cause d'insaisissabilité découlant de l'article 577bis, § 9, du Code civil, et partant cassation.

Cet arrêt est un arrêt d'espèce. Il est toutefois doublement intéressant :

²³²Que celles qui concluraient que la Cour de cassation considère que la propriété sur les constructions, cédée avec le droit de construire, serait une propriété perpétuelle et non une superficie.

²³³Cfr. *R.C.J.B.*, 1980, spéc. n° 7, p. 29 et 31.

²³⁴Le professeur C. Renard ajoutait au sujet de la référence aux articles 552 et 553 par l'arrêt : "*L'explication évidente à nos yeux (de la référence à ces articles) est beaucoup plus simple : la Cour a uniquement entendu répondre à l'argument spécieux du pourvoi selon lequel l'acquéreur du sol bénéficiait lui aussi de la présomption de l'article 553; voilà pourquoi la Cour déclare écarter l'application des articles 552 et 553 au bénéfice des "principes régissant l'aliénation". C'est toujours la même idée : le propriétaire actuel du sol ne peut bénéficier de la présomption de l'article 553, puisque c'est le sol qui lui a été transmis par convention*" (*ibidem*, spéc. p. 30, début).

²³⁵Cfr. *Pas.*, 1988, I, p. 1142.

- d'abord parce qu'il confirme le principe suivant lequel une renonciation à l'accession engendre un droit de superficie;

- ensuite parce qu'il précise que le propriétaire du terrain est resté seul propriétaire des quotités de terrain sur lesquelles s'élèvent les constructions du superficiaire. Par exclusion, ce dernier n'est donc pas propriétaire de quotités dans le sol; mais il est propriétaire de ses constructions. Ceci confirme le fait que la superficie engendre en principe, sauf volonté contraire des parties²³⁶, une stricte dissociation dans l'espace entre les propriétés, le temps de sa durée du moins.

Quelle est par ailleurs la différence avec une copropriété forcée à titre accessoire dans le cadre d'un immeuble bâti ? On peut la comprendre comme suit :

1) dans la superficie, le superficiaire devient plein propriétaire privatif des constructions, plantations et ouvrages qu'il a réalisés ou acquis auprès du tréfoncier, et il n'a pas de droit de propriété sur les quotités du sol afférentes à ces éléments ; ces dernières appartiennent au propriétaire du sol : en d'autres termes, ces quotités sont privatives mais non dans le chef du superficiaire ;

2) dans la copropriété forcée à titre accessoire, la situation est différente : le copropriétaire est, d'une part, propriétaire exclusif des éléments privatifs de l'immeuble, et d'autre part, copropriétaire des éléments communs qui lui sont indissociablement liés, à savoir : i) les quotités dans le sol (qui ne sont donc pas privatives); et ii) celles dans les parties communes.

Cette différence réapparaîtra dans l'exposé des motifs concernant les complexes immobiliers hétérogènes pouvant bénéficier d'une superficie perpétuelle, dans le cadre de l'article 3.180 concernant la durée de la superficie dans le livre 3.

Cette affaire peut être mise en parallèle avec l'affaire "*Miguet*" examinée *supra* en matière d'accession et avec l'arrêt du 6 septembre 2018, qui semé le trouble sur la renonciation à l'accession mais que nous avons expliqué *supra*.

3) 3^{ème} règle : le superficiaire peut construire : son droit s'étend donc aux constructions futures à construire

250. Par un important arrêt de la Cour de cassation du 23 mai 2013²³⁷ a précisé que : « *(Le droit de superficie) constitue une dérogation temporaire aux articles 552 et suivants du Code civil, qui posent en règle que toutes constructions, ouvrages et plantations appartiennent au propriétaire du sol. Il peut s'appliquer à des bâtiments à construire ou des ouvrages ou plantations à faire* ».

251. Cette belle affaire portait à nouveau sur une renonciation à l'accessoire temporaire qui avait été octroyée à un promoteur constructeur, comme cela est souvent prévu dans la pratique mais ce type d'opération requérant l'attention

²³⁶Et mise à part la question de savoir si les parties peuvent ainsi déroger à la notion de superficie.

²³⁷*Pas.*, 2013, I, p. 1151.

des parties par les risques qu'elle peut impliquer²³⁸.

La question était de savoir si le constructeur devait être déclaré responsable **en application de la théorie des troubles voisinages**, des troubles ayant été causés à autrui, dès les stades initiaux de la construction – semble-t-il – sans doute au niveau des fondations ou travaux de démolition –, donc avant même la construction des bâtiments.

Le juge du fond avait retenu la responsabilité du constructeur, ce que ce dernier critiqua par un pourvoi dont le moyen soutint que le juge du fond ne pouvait pas retenir la responsabilité du superficiaire en rapport avec des bâtiments qui n'avaient pas encore été construits à proprement parler.

La Cour de cassation a, à juste titre, rejeté le pourvoi car la motivation du jugement du fond était légalement fondée. La motivation complète de l'arrêt est la suivante : « *Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie, le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui. Ce droit constitue une dérogation temporaire aux articles 552 et suivants du Code civil, qui posent en règle que toutes constructions, ouvrages et plantations appartiennent au propriétaire du sol. Il peut s'appliquer à des bâtiments à construire ou des ouvrages ou plantations à faire. Le moyen qui en cette branche, repose tout entier sur un soutènement contraire, manque en droit* » (mis en évidence).

On est fondé à déduire de cet arrêt que le superficiaire bénéficie d'un droit portant sur des constructions, ouvrage ou plantations, à réaliser le cas échéant dans le futur – ce qui est l'objet concret et la finalité du droit –, donc logiquement, en quelque sorte, sur les **volumes** permettant d'ériger ces constructions, mais qui devront impérativement être clairement définissables en fonction de l'assiette du droit qui constituera le sol sur lequel porte la superficie. Cet arrêt, « *sans en avoir* » « *l'air* », consacre une certaine notion de volume concret, dans le cadre de la superficie et non pas de façon générale

On peut ainsi en déduire que le superficiaire dispose d'un droit, au début, avant construction de ses bâtiments, qui porte sur un **volume dans l'espace, mais rattaché au sol**, lui permettant d'ériger les constructions, ouvrages ou plantations en question, à venir, et d'en devenir propriétaire. Mais ce volume doit être défini au départ d'une assiette – surface – clairement et concrètement déterminée ou déterminable de sorte que se réalisera une certaine emprise dans le sol par la construction. Le droit du superficiaire ne peut s'étendre à un pur volume d'air comme il résulte de la célèbre affaire suivante

3) 4^{ème} règle : le superficiaire n'a toutefois pas un droit s'exerçant sur un pur volume d'air : l'affaire de la Résidence Picasso

Arrêt de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 (Pas., 2013, I, p. 1656) dans l'affaire Résidence Picasso*** (Décision n° 47)

252. Nous avons déjà analysé cet arrêt dans le domaine de l'accession (cfr. *supra*. n° 69, arrêt n° 3)) Cet arrêt du 13 septembre 2013 est essentiel en matière de superficie, dans l'ancien et le nouveau régime. Il mérite que l'on s'y attarde plus en détails²³⁹. Il s'agissait d'une forme de pendant de l'affaire « *Miguet* » dans la mesure où cette fois, un promoteur constructeur s'était réservé la propriété d'emplacements de parking non pas en sous-sol mais sur le sol, avec une simple délimitation à cet égard, par des lignes tracées sur le sol, des emplacements, impliquant l'existence de **volumes**, situés au-dessus de ces lignes, alors que la copropriété avait de son côté conservé les droits dans le sol, donc l'assiette des emplacements.

²³⁸ Non seulement dans le chef du propriétaire qui renonce à la superficie, mais aussi dans le chef du constructeur qui encourt les responsabilités découlant des constructions dont il est propriétaire, y compris, comme dans cette affaire, sur pied de la théorie des troubles de voisinage (et doit assurer ses responsabilités en conséquence – cfr. les « *Assurances tous risque chantier* », ce que le maître de l'ouvrage a intérêt à imposer et à vérifier).

²³⁹ *Pas.*, 2013, I, p. 1656.

Une telle propriété immobilière portant sur des volumes abstraits et immatériels, en l'air en quelque sorte, au-dessus des délimitations tracées sur le sol était-elle possible ? Le juge du fond avait répondu en des termes positifs à cette question, d'où le pourvoi de la copropriété, développant une argumentation percutante et s'opposant à la création d'un droit réel sur un simple volume.

La Cour de cassation a fait droit au pourvoi et a ce faisant refroidi quelque peu l'enthousiasme des praticiens sur la propriété des volumes, remise en question dans une certaine mesure par cet arrêt.

Il est précédé des conclusions, d'un très grand intérêt, rédigées par de M. l'avocat général T. Werquin, Il y est développé un raisonnement exhaustif qui part des articles 555 et 553 – en ce compris les enseignements de l'arrêt « *Miguet* » - , et passe en revue le cadre de la propriété immobilière.

La Cour a suivi ces conclusions et a décidé ce qui suit, les différents attendus se structurant et s'enchaînant de manière tout à fait convaincante, en se terminant par une conclusion négative au sujet de la propriété des volumes en matière immobilière. Rappelons l'enchaînement du raisonnement déjà vu *supra* :

1) Point de départ du raisonnement : les articles 552 et 553 du Code civil et la loi sur la superficie en son article premier : « *L'article 552, alinéa 1^{er} et 2, dispose de la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous, et que, sauf les exceptions prévues au titre des servitudes, le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos. Selon l'article 553 du même code, toutes constructions ou plantations sur un terrain sont présumées faites par le propriétaire à ses frais et lui appartenir. L'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie permet de créer un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages et plantations sur un fonds appartenant à autrui* » ;

2) Déduction quant à l'objet de la propriété immobilière en général : « *il résulte des dispositions précitées qu'un droit de propriété immobilier, distinct de la propriété du sol, ne peut porter sur des constructions, ouvrages et plantations* » ;

3) Conséquence : exclusion de la propriété portant sur un volume d'air : « *Un espace ouvert au-dessus du sol qui n'est délimité que par des lignes de peinture d'autre moyen de marquage au sol ne s'identifie pas à de tels ouvrages* » ; et sur ces bases, la Cour casse la décision de fond.

Cet arrêt a suscité des interrogations chez les praticiens de la propriété immobilière et les spécialistes de la matière.

Quant à nous, nous approuvons le raisonnement qu'il suit. Il en découle que la propriété immobilière, ou tout autre droit réel tel un droit de superficie, ne peut porter sur un pur volume d'air détaché du sol, en l'état actuel du droit (cfr. la loi de 1824) – *de lege lata* donc -.

On nous opposera sans doute le fait que dans l'espèce en question, les parkings avaient été délimités par des marques sur le sol. N'était-ce pas suffisant ? D'autres auteurs écrivent, sans doute avec un certain bon sens, qu'un droit de superficie pourrait exister dans le contexte de l'affaire « *Résidence Picasso* », portant même sur un volume mais dans le cadre de bâtiments à construire (cfr. enseignement de l'arrêt susvisé du 23 mai 2013), mais pas encore le droit de propriété en découlant puisqu'il ne peut porter sur un volume²⁴⁰ (en ce sens,).

Certes, mais l'arrêt « *Résidence Picasso* » est cependant assez restrictif sur la superficie elle-même, qui doit pouvoir simplement être rattachée concrètement au sol ou à un bâtiment existant.

De lege ferenda, il fallait faire évoluer le droit positif sur ce point, en définissant avec toute la précision requise la notion de volume immobilier, au sein des immeubles. Si la loi de 2014 permettait plus de souplesse quant à la superficie, elle ne validait pas encore les superficies portant sur un simple volume d'air.

Le livre 3 l'admet enfin en son article 3.177 (cfr. *supra* et ci-après). L'intention est excellente. Le moyen et la forme retenus soulèveront encore quelques questions.

En outre, il y a encore, on l'a vu, même sous l'ancien régime, d'autres cas d'**exception** où l'on pourra admettre une application de l'article 553 du Code civil donnant lieu à une **propriété perpétuelle en sursol**, au-dessus du fonds d'autrui, ce serait le cas de constructions en surplomb sur le fonds d'autrui, imbriquées avec celles d'autrui. Dans ce cas, au nom de la défense des relations de bon voisinage à long terme, la propriété perpétuelle serait admissible²⁴¹. Ce cas est intéressant car il fait apparaître qu'une propriété complète peut naître de cette façon, et ce **par prescription acquisitive**, à côté d'autres situations où pourra naître une superficie (notamment en cas de renonciation à l'accession).

4) **5ème règle : un droit de superficie peut porter sur un bien du domaine public, à certaines conditions**

253. Un droit de superficie peut-il porter sur un bien du domaine public ? Une conception dynamique du domaine public nous conduit à répondre positivement à cette question. L'affectation au domaine public est en effet à la mesure de l'objet et surtout des nécessités de cette affectation, considérées concrètement. De la même façon qu'un bien du domaine public peut faire l'objet d'une servitude si cette dernière n'est pas incompatible avec l'affectation en question²⁴²; décision mentionnée aussi *supra*, dans la matière des servitudes), de même peut-il faire l'objet d'une superficie.

²⁴⁰ En ce sens cfr. dans notre Chronique de jur. 2006 – 2015, Dossier du J.T., n° 103, les analyses de M. B. Pirlet, suivant celles de Mme P. Lecocq et d'autres.

²⁴¹ Cfr. P. Lecocq, Chronique citée, spéc. p. 349, et l'étude antérieure du même auteur, "Superficie, emphytéose et constructions, *op. cit.*, spéc. n° 19; cfr. aussi *supra*, réf. à l'étude du professeur C. Renard.

²⁴² Cfr. *supra*, Cass., 27 septembre 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 78.

Arrêt de la Cour de cassation du 18 mai 2007 : arrêt de la « rampe Ro-Ro »
(Pas., 2007, I, p. 934) (Décision n° 59)

La Cour de cassation l'a admis expressément par un important arrêt de principe du 18 mai 2007 dans une affaire dite affaire de la "rampe flottante Ro-Ro"), posant aussi la question d'un régime d'indemnisation s'appliquant à la fin du droit et méritant à nouveau que l'on s'y attarde.

Une rampe flottante dite "Ro-Ro", forme de quai flottant, avait été installée au Port d'Anvers, le long de l'Escaut, pour permettre le chargement et le déchargement de containers sur des bateaux dans le cadre d'un terminal de containers. Cette rampe a été construite lors d'une première concession sur le domaine public, consentie par la Région flamande à la Ville d'Anvers. Une seconde concession a ensuite été conclue entre la Ville d'Anvers et un exploitant dénommé "Hesse-Noordnatie". Il s'agissait sans doute du constructeur de la rampe -. Concrètement, la rampe est une forme de long radeau flottant sur l'Escaut, ancré dans les murs à quais.

Les concessions de domaine public portaient sur les zones de quais et aux alentours, là où était situé le terminal, mais non spécifiquement sur la zone où se trouvait la rampe, qui empiétait donc sur l'Escaut, bien du domaine public de la Région flamande.

Il semble qu'il découlait du système de concessions, une **renonciation à l'accession**, car le concessionnaire avait été autorisé à construire la rampe sur l'Escaut et en était en principe propriétaire. S'était donc réalisée la construction d'un bien immobilier- la rampe « RoRo »²⁴³ -, portant sur le domaine public - l'Escaut -. Mais était-ce possible ? La constitution d'un droit de superficie est-elle légale lorsqu'elle porte sur un bien du domaine public ? N'est-elle pas contraire au régime de la domanialité publique ?

254. Si une réponse positive était apportée à cette question, les conséquences de l'application de la loi sur la superficie s'enchaînaient comme suit, de façon sans doute assez surprenante pour les parties qui ne les avaient pas prévues dans leur convention de concession : 1) la superficie avait une durée limitée à 50 ans; 2) au terme de 50 ans, l'accession se produisait avec obligation pour le tréfoncier de payer une indemnité au superficiaire, en application de l'article 6 de la loi (cfr. notion de "valeur actuelle") (outre le droit de rétention du superficiaire).

Si une réponse négative y était en revanche apportée, c'était l'article 555 qui pouvait s'appliquer, dans sa règle générale, ou plus vraisemblablement la théorie de l'enrichissement sans cause car le superficiaire n'était pas un tiers par rapport à la personne publique concédante.

Dans cette affaire en tous points remarquable, se croisaient ainsi des questions touchant à la domanialité publique, à l'accession et à la superficie, plus précisément une superficie qui découlait d'une renonciation à l'accession.

²⁴³Car elle était ancrée dans les quais. Elle était donc un immeuble par nature.

La cour d'appel d'Anvers a accordé à la société "*Hesse-Noordnatie*" une indemnité à charge de la Région flamande, à concurrence de +ou - 1.300.000 Euros, sur le fondement de l'article 555 du Code civil. Il semble que la cour ait appliqué la **règle générale** posée par cet article, puisqu'elle a observé que la Région flamande n'avait pas obligé la concessionnaire à démolir la rampe à ses frais (non-exercice du droit de demander l'enlèvement du propriétaire du fonds; premier choix possible en vertu de l'article 555, règle générale).

Il s'imposait selon la cour d'appliquer la règle générale car la société concessionnaire pouvait être qualifiée de détentric du bien, et non de possesseur de bonne foi²⁴⁴. La Région ayant conservé la rampe, elle en était en principe devenue propriétaire par l'accession différée de l'article 555. Elle devait en conséquence "indemniser (la société) des frais exposés par elle" (souligné), d'où la condamnation de la Région à payer une lourde indemnité de 1.304.361, 98 Euros en principal, outre les intérêts et les dépens.

Mais la cour d'appel décida aussi que **la superficie n'était de façon générale pas compatible avec un bien du domaine public**, et que la renonciation à l'accession n'était pas certaine en l'espèce (ce deuxième point est moins clair, mais l'argument de l'absence de superficie avait été invoqué par la société concessionnaire).

La Région flamande s'est pourvue en cassation. Sans doute l'indemnité qu'aurait pu demander le superficiaire en vertu d'une superficie aurait été moindre, à savoir :

- une indemnité à concurrence des frais de constructions (main d'oeuvre et matériaux), d'un côté, dans le cadre de l'article 555, règle générale;
- ou une indemnité équivalente à la "*valeur actuelle*" de la rampe, de l'autre, en application de l'article 6 de la loi sur la superficie.

Dans son moyen, la Région flamande a soutenu une conception large de la domanialité publique permettant l'octroi de droits réels, dont la superficie, sur des biens du domaine public, pour peu qu'ils ne soient pas incompatibles avec la finalité de domaine public du bien en question (cfr. première branche du moyen, seule reproduite).

Or, en l'espèce, l'octroi d'un droit de superficie, suite à une renonciation à l'accession, s'exerçant sur le côté du fleuve Escaut, et en vertu duquel la rampe litigieuse avait été construite, n'était pas incompatible avec le caractère de domaine public du fleuve. Le juge du fond avait dès lors eu tort de décider le contraire et de considérer que la superficie n'était pas valable.

²⁴⁴Sous réserve d'examen plus approfondi de cette question. La société detentric était-elle en effet un "*tiers*" alors qu'elle détenait en vertu de la convention de concession. On pouvait en douter. Sa situation était donc proche sur ce point de celle du locataire. Il aurait fallu appliquer alors le principe de l'enrichissement sans cause et limiter l'indemnisation à la plus-value apportée au fonds.

Arrêt de la Cour de cassation et commentaire

255. La Cour de cassation a fait droit au moyen et a cassé la décision de fond par cet excellent arrêt de principe, dont la motivation est tout à fait complète et exprime, de façon très didactique, le raisonnement de la Cour, en débordant même la question strictement posée²⁴⁵. Cette motivation est la suivante, numérotée par la Cour elle-même et en tous points remarquables :

“1. Aux termes de l’article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 concernant le droit de superficie, le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui.

Aux termes de l’article 4 de la même loi, le droit de superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler.

Aux termes de l’article 6 de la même loi, à l’expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations passe au propriétaire du fonds, à charge par lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu’au remboursement, aura le droit de rétention.

2. Au sens de la loi précitée, le droit de superficie constitue une dérogation temporaire aux articles 552 et 553 du Code civil relatifs à l’accession, qui posent en règle que toutes constructions, ouvrages et plantations appartiennent au propriétaire du sol.

3. Un bien constitue une dépendance du domaine public du fait qu’en raison soit d’une décision explicite soit d’une décision implicite des pouvoirs publics, il est destiné à l’usage de tous sans distinction entre les personnes.

En vertu de l’article 538 du Code civil, les chemins, routes et rues à la charge de l’Etat, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades et, généralement, toutes les portions du territoire belge qui ne sont pas susceptibles d’une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public.

*4. Si un bien constitue une dépendance du domaine public il est ainsi destiné à l’usage de tous; nul ne peut, dès lors, acquérir **un droit privé** pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage.*

*5. Toutefois, dans la mesure où **un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public.***

6. En considérant, sans faire une distinction, qu’un droit de superficie ne peut être exercé sur le domaine public, les juges d’appel n’ont pas justifié légalement leur

²⁴⁵Puisque se référant à l’article 6 de la loi qui sera la disposition à appliquer pour trancher la question d’indemnisation du superficiaire, alors que la Cour aurait pu se contenter de casser sur la question de l’octroi d’une superficie sur un bien du domaine public.

décision” (mis en italiques et souligné par le soussigné).

256. Nous ferons deux brefs commentaires au sujet de cet arrêt tout à fait convaincant :

- 1) d’abord, la Cour aurait pu faire sans doute référence à l’*affection* du bien au domaine public, plutôt qu’à sa destination ; c’est en effet l’affectation du bien, par décision de l’autorité compétente, qui lui confère en principe sa destination de bien du domaine public²⁴⁶; l’une est la cause de l’autre, mais cette précision touche à un détail et à un raccourci du raisonnement ;
- 2) ensuite, l’on voit que la portée de l’arrêt dépasse l’octroi d’un droit de superficie sur un bien du domaine public : c’est tout “*droit privé*”, personnel ou réel²⁴⁷, de jouissance essentiellement²⁴⁸, qui est visé et peut être octroyé, pour peu qu’il ne porte pas atteinte à la destination de service public du bien ; quant aux droits personnels, ils prendront la forme de concessions publiques à caractère précaire ; est en revanche exclue la cession d’un droit de propriété, non temporaire, qui porterait définitivement atteinte au statut de domanialité publique du bien en question.

La Cour de cassation consacre ainsi une conception de la domanialité publique qui est dynamique et susceptible de rencontrer les besoins de la pratique. On ne peut qu’approuver cette vision des choses permettant au droit privé de faire vivre le droit public et le droit administratif²⁴⁹.

Ce principe sera repris expressément par l’article 3.45. du livre 3, inspiré directement de l’arrêt, en prévoyant qu’ : « (...) *il peut exister un droit personnel ou réel d’usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n’y fait pas obstacle* ».

5) *5^{ème} règle : reconnaissance doctrinale et jurisprudentielle de la superficie-conséquence, ou de la superficie accessoire*

257. Le Professeur J. Hansenne est un de ceux à avoir le mieux développé cette

²⁴⁶ Voy. toutefois la nouvelle approche des biens du domaine public, pus large semble-t-il, se trouvant exprimée à l’article 3.45. du livre 3. Toute la question de la définition de la domanialité publique est en jeu au travers de cet article.

²⁴⁷ Et l’on sait aussi que l’on peut octroyer, suivant une jurisprudence ancienne et constante, de servitudes sur des biens du domaine public, à la même condition.

²⁴⁸ Ou impliquant une jouissance en tant qu’attribut du droit de propriété, serais-je tenté d’écrire pour reprendre une formule propre à la théorie des troubles de voisinage.

²⁴⁹ Certains diront que c’est le droit administratif qui introduit plus de souplesse dans le droit privé et le principe de domanialité publique ... En ce sens et approuvant totalement l’arrêt ci-dessus analysé, cfr. D. Lagasse, “La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique”, *Revue pratique de l’immobilier*, 2008, p. 41 et s.

théorie de la “*superficie-conséquence*”²⁵⁰.

On sait que cette théorie conclut à l’existence d’un droit de superficie qui est la *conséquence* indirecte et l’*accessoire* d’un droit personnel ou réel de jouissance portant sur un immeuble et impliquant un droit de construire ou de planter, dans le chef du titulaire du droit en question, sur le bien immeuble d’autrui : celui qui construit ainsi devient propriétaire, sauf convention contraire des parties, des constructions, plantations ou ouvrages. Cette propriété s’explique par la superficie; elle n’est pas perpétuelle mais temporaire, limitée à la durée du droit principal.

Ce droit de superficie existe en principe en matière de bail d’immeuble²⁵¹, d’usufruit (ainsi que droits d’usage et d’habitation) et d’emphytéose. Il existe aussi dans les concessions sur des biens du domaine public avec droit de construire sur celui-ci.

La “*superficie-conséquence*” est “*de nature à jouer chaque fois que la séparation entre propriété du sol et propriété des constructions apparaît implicitement ou explicitement, légalement, conventionnellement, comme un mécanisme permettant la mise du droit de superficie au service d’une institution juridique (...) principale*”²⁵².

La superficie-conséquence suppose donc un droit de construire, planter ou faire des ouvrages sur le fonds d’autrui, reconnu implicitement ou expressément au titulaire du droit de jouissance. Elle implique dans ces situations un mécanisme d’accession différée. A la fin du droit de jouissance, la superficie-conséquence prend fin et l’accession opère automatiquement au profit du propriétaire du fonds, généralement sans indemnité (sauf volonté contraire des parties ou application d’une règle d’indemnisation légale spécifique, voire de l’article 6 de la loi sur la superficie, prévoyant une indemnisation au profit du superficiaire, si l’institution principale ou la volonté des parties ne s’y oppose pas).

On sait qu’en matière de bail, le droit d’indemnisation du locataire se fondait dans le principe de l’enrichissement sans cause et non dans la règle générale découlant de l’article 555 du Code civil²⁵³, à défaut d’expression d’un principe d’exclusion de l’indemnisation au profit du locataire par la convention des parties.

Il ne faut pas exagérer la portée de cette superficie-conséquence. Elle revêtira en effet un caractère essentiellement accessoire au droit réel ou personnel qui en est le socle. Le régime qui lui sera applicable sera donc en ordre principal celui de ce droit. Il en ira ainsi

²⁵⁰ Cfr. *Précis, op. cit.*, t. I, p. 436 et t. II, p. 1240.

²⁵¹ Ou tout autre droit personnel de jouissance d’un immeuble, d’origine légale ou conventionnelle (par exemple une concession ou un droit d’occupation précaire, ou un droit *sui generis*), impliquant la reconnaissance d’un droit de construire, planter ou faire des ouvrages, dans le chef du titulaire du droit.

²⁵² Cfr. J. Hansenne et I. Rousseau, *Rép. Not.*, “L’accession”, t. II, l. I, éd. 1994, n° 75; S. Snaet, “Recht van opstal”, *op. cit.*, spéc. p. 217; C. Mostin, *Rép. Not., op. cit.*, spéc. n° 125, p. 136)

²⁵³ En simplifiant quelque peu et sauf quelques errements de la jurisprudence que nous ne pouvons aborder ici.

des règles de durée applicables à ce droit. L'on n'appliquera donc les règles de la loi du 10 janvier 1824 que de façon subsidiaire, à défaut d'autre règle légale ou conventionnelle applicable.

L'article 6 de la loi pourrait ainsi s'appliquer à défaut d'autre règle. Il prévoit une règle d'indemnisation et un droit de rétention en ces termes : *“A l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations, passe au propriétaire du fonds, à charge pour lui de rembourser la valeur actuelle de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu'au remboursement, aura le droit de rétention”*. On aurait pu se demander s'il ne fallait pas appliquer cette disposition à la situation du locataire qui fait des améliorations séparables dans les lieux loués, à défaut d'autre règle conventionnelle ou légale. Il semble que la doctrine ne se soit pas interrogée à ce sujet et la jurisprudence a conclu à l'application de la règle de l'enrichissement sans cause, impliquant une indemnisation plus limitée puisque réduite à la plus-value apportée par les constructions ou améliorations au bien.

*Arrêt de la Cour de cassation du 12 juin 2014 (Pas., 2014, I, p. 1483) : arrêt de la superficie accessoire*** (Décision n° 60)*

Un très intéressant arrêt a été rendu le 12 juin 2014²⁵⁴ en admettant l'existence de la superficie-conséquence, en retenant la terminologie de **superficie** « **accessoire** ».

Le droit principal dans lequel s'inscrivait la superficie-conséquence était une **servitude**. En effet, en vertu de l'article 697 du Code civil, le propriétaire du fonds dominant a le droit de faire tous ouvrages nécessaires pour user et conserver a servitude. Mais était-on bien sûr qu'il s'agissait d'une superficie-conséquence, **s'exerçant sur le fonds servant**, les juges du fond en ayant dénié l'existence au propriétaire du fonds dominant ?

Ce dernier s'est pourvu et a soutenu l'existence de la superficie.

La Cour de cassation a rendu dans cette affaire un remarquable arrêt de principe qui reconnaît le mécanisme de la superficie-conséquence, même si elle n'en utilise pas la terminologie et préfère celle de superficie accessoire, qui paraît au demeurant.

Son raisonnement, traduit du néerlandais, est le suivant :

« 1. L'article 696 du Code civil dispose que, quand on établit une servitude, on est censé accordé tout ce qui est nécessaires pour en user.

L'article 697 du Code civil dispose en outre que celui auquel est due une servitude, a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour les conserver.

Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, le droit de superficie est un droit réel, qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui.

Aux termes de l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, le droit de

²⁵⁴ *Pas.*, 2014, I, p. 1483.

superficie ne pourra être établi pour un terme excédant cinquante années, sauf la faculté de le renouveler.

2. Il ressort des articles 696 et 697 du Code civil qu'un droit de superficie accessoire grève le fonds servant dans la mesure où elle s'avère nécessaire pour user et conserver la servitude établie même si ce droit de superficie n'est pas expressément prévu par un acte de constitution.

Ce droit de superficie accessoire n'est pas lié par une durée maximale de cinquante ans telle que prévue par l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie mais, en tant qu'accessoire de la servitude, ne disparaît que lorsque la servitude disparaît.(...) » (nous mettons en évidence et soulignons).

La Cour de cassation a ensuite résumé les énonciations du juge du fond qui avaient conclu au rejet des demandes du propriétaire du fonds servant fondées sur une servitude de construction aérienne et sur un droit de superficie accessoire qui lui était lié, et a cassé la décision de fond qui n'était pas justifiée légalement.

La superficie accessoire existe parce que le droit principal octroyé, qui pourrait être un bail et un droit personnel de longue durée²⁵⁵, aura impliqué la reconnaissance dans le chef du titulaire du droit principal, d'un droit de construire ou de faire des ouvrages ou constructions, sur le fonds d'autrui.

Le régime de la superficie sera alors calqué à certains égards, notamment quant à la durée, sur le régime du droit principal, en application du principe général du droit²⁵⁶ « *Accessorium sequitur principale* » (« *L'accessoire suit le principal* »).

L'arrêt pose toutefois une question : si la servitude est perpétuelle, en va-t-il de même de la superficie accessoire ? L'on pourrait répondre par la négative et la durée de la superficie accessoire devrait être limitée à 50 ans en raison du caractère d'ordre public de l'article 4 de la loi du 10 janvier 1824. Mais est-ce si sûr en rapport avec un droit réel principal de longue durée, tel une servitude ou une emphytéose ? Le droit réel de longue durée pourrait alors justifier une superficie de plus de 50 ans. D'ailleurs, en matière d'emphytéose, ce large droit de jouissance pouvant aller jusqu'à 99 ans, implique que l'emphytéote a le droit de construire. La nature réelle et de longue durée de l'emphytéose, paraît alors conciliable avec une superficie durant tout au long de l'emphytéose.

Il convient d'approuver pour le reste cet arrêt. Il rendait une intervention du

²⁵⁵ D'ailleurs, la version finale de l'article 3.182., repris dans la loi de février 2020, se réfère à une superficie découlant d'un « *droit* », qui peut donc être personnel – un bail ou une concession par exemple, sous réserve de règles légales plus spéciales -, alors qu'auparavant, dans l'avant-dernière de l'article, il était question de droit « *réel* ».

²⁵⁶ Principe ayant ce caractère selon nous du mois mais non encore reconnu par la Cour de cassation. Cfr. à ce sujet la remarquable du Premier président de P. Marchal, « Chapitre 3 - Les principes généraux du droit matériel » in *Principes généraux du droit*, Bruxelles, Bruylant, 2014, dont l'inventaire des principes reconnus par la cour et ceux qui ne le sont pas.

législateur sur la superficie accessoire ou appelée « *superficie-conséquence* », non indispensable.

Le livre 3 y a toutefois procédé par l'article 3.182. cité et analysé ci-après²⁵⁷.

C. Approfondissement de la notion et de l'objet de la superficie donnée par le livre 3

258. Reprenons l'articulation des principes et règles selon le livre 3, en repartant de l'article **3.177.** :

1) **art. 3.177. « Définition »** : « *Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations* » ; rappelons qu'en vertu de l'article 3.1. du livre 3, toute définition est « *impérative* »²⁵⁸ ;

2) **art. 3.179. « Objet »** : « *Sauf convention 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.*

Le superficiaire ne dispose d'aucune prérogative sur les volumes sur, au-dessus ou en dessous du fonds, expressément exclus de son droit, sans préjudice de l'article 3.116. » ; cet article 3.116. est relatif aux sources des servitudes ;

4) en vertu de l'article **3.47., al. 1er** : « *Sont immeubles par leur nature, les fonds de terre et les divers volumes les composant déterminés en trois dimensions* » (nous mettons en évidence et soulignons) ;

²⁵⁷ Voy. aussi la référence 62 à ce sujet.

²⁵⁸ Cfr. art. 3.1. du livre 3. L'exposé des motifs apporte les importantes précisions déjà citées, à ce sujet. Elles sont les suivantes : il existe **trois niveaux de dispositions** « (1) **Le premier niveau concernant les figures juridiques qui sont impératives dans leur ensemble** et auxquelles les parties ne peuvent donc pas déroger (sauf disposition légale contraire). C'est le cas par exemple de toutes les dispositions relatives à la fiducie (art. 3.38-3.51) – qui ont été supprimées dans la version finale de la loi - et de toutes les dispositions relatives à la copropriété forcée (arr. 3.93 – 3.115) ; (2) il arrive parfois que des dispositions légales particulières soient impératives. C'est le cas du système fermé (art. 3.3.), du principe de spécialité et des dispositions relatives à la durée (par ex .art. 3.195)²⁵⁸. Cela a chaque fois été indiqué. (3) **Enfin les parties ne peuvent pas déroger aux définitions.** Dans la nouvelle version de la proposition, les rédacteurs ont indiqué plus clairement dans les titres quand une disposition contient une définition » (cfr. commentaire sous l'article 3.1. ; exposé des motifs, début ; mis en évidence). La dernière phrase de cette citation n'a pas été toujours suivie d'effets, semble-t-il.

5) selon l'article 3.63. (et sans parler de la question de l'étendue horizontale de la propriété foncière et de la problématique de l'empiètement visées par d'autres dispositions (art. 3.61. et 3.62.)), il est prévu que : « *Sous réserve d'autres dispositions de ce Livre, le droit de propriété sur le fonds s'étend uniquement à une hauteur au-dessus ou une profondeur en dessous du fonds qui peut être utile à l'exercice des prérogatives du propriétaire. Ce dernier ne peut dès lors pas s'opposer à un usage par un tiers, à une hauteur ou une profondeur à laquelle il ne pourrait raisonnablement exercer sa prérogative d'usage, vu la destination et la situation du fonds.* »

Un propriétaire peut, conformément à la loi, réaliser des ouvrages ou des plantations sur, au-dessus ou en dessous du fonds » ;

6) l'article 3.64. développe également un certain nombre de règles relatives à l'**accession immobilière artificielle**, réécrivant les articles 552 et s. du Code civil, et prévoyant que : « §1^{er}. *Les ouvrages et plantations réalisées sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds sont présumés appartenir au propriétaire dudit fonds* »

*Cette présomption peut être renversée par la loi ou par un acte juridique*²⁵⁹, auquel cas s'applique les différentes règles d'indemnisation prévue, lorsque le titre légal ou contractuel prend fin ;

§ 2. *Les ouvrages et plantations réalisées sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds sont présumés avoir été réalisés par et aux frais du propriétaire dudit fonds;*

(...) »

7) si l'on revient au régime de la superficie, les articles 3.183. et 3.184, établissent une distinction entre les droits « *sur le droit* », et les droits « *sur les volumes* », comme suit :

- art. 3.183. **Droits sur le droit** : « *Le superficiaire peut céder et hypothéquer son droit de superficie. Il ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit de superficie dont il est titulaire* » ;

- art. 3.184. **Droits sur les volumes** : « *Pendant la durée de son droit, le superficiaire exerce sur son volume toutes les prérogatives de propriétaire, dans les limites des droits du constituant et sans porter atteinte aux autres droits existant sur le fonds. Il ne peut détruire les ouvrages et plantations ont-ils été tenu de réaliser* » (nous mettons en évidence) :

8) en vertu de l'article 3.182. est organisé le mécanisme de la **superficie-conséquence**, comme suit : « *Le droit de superficie peut aussi naître comme la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le pouvoir de*

²⁵⁹ On pourrait déduire de cette disposition le maintien de la superficie résultant d'une renonciation à l'accession – acte juridique ; cfr. *infra* sur cette importante question.

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 » ; on a vu *supra* (cfr. n° 4), que l'exposé des motifs établissait une certaine distinction entre la superficie de façon générale, et la superficie-conséquence, quant à sa nature.

259. L'exposé des motifs apporte une précision importante sur la superficie et son objet, ainsi que son économie générale. Elle est la suivante : « *L'idée est aussi d'exclure le droit de superficie pour acquérir un volume sans avoir l'intention commune principale d'y avoir ou de réaliser soi-même ouvrages ou plantations, et ce dans un objectif d'utilisation optimale des espaces intéressés ; le droit existe dès sa constitution puisqu'il s'agit d'un droit réel portant sur le fonds ou partie du fonds, existant et spécifié (...) **mais il doit être exercé en acquérant (moyennant paiement ou non) des ouvrages ou plantations existants ou en réalisant des ouvrages ou plantations.** Les mots bâtiments, ouvrages et plantations présents dans la loi de 1824 sont remplacés par les termes ouvrages et plantations pour couvrir toute réalisation, tout produit résultant du travail de l'homme. L'essence du droit de superficie est l'intention d'avoir érigé des ouvrages ou plantations, au sens large, comme prérogative principale de ce droit, ce qui permet de le distinguer du droit d'emphytéose qui s'exprime, lui, en termes essentiellement d'usage et de jouissance* »²⁶⁰.

260. Ces précisions sont en effet importantes et elles auraient pu être répercutées dans le texte même des articles 3.177., 3.179. ou 3.184..

Ici, l'on est aussi frappé par le parallèle à établir avec la mobilisation par anticipation. L'on sait que la Cour de cassation, encore elle, et indépendamment du législateur, avait, par un arrêt du 13 mars 1986 rendu dans une affaire « *Griten* », construit la base du modèle en la matière en se référant à l'intention des parties²⁶¹. Le vice présenté par cette reconnaissance résidait dans l'absence de délai dans lequel était censé se réaliser cette mobilisation par anticipation, de l'accord des parties. Sur ce point, le livre 3 a apporté une réponse judicieuse en prévoyant, comme base de la nouvelle mobilisation par anticipation²⁶², que le détachement doit intervenir dans un délai « *économiquement et techniquement raisonnable* » (cfr. art. 3.48., al. 1er).

Or, il reste en chemin à cet égard concernant la superficie. Cette dernière a donné lieu parfois à des analyses doctrinales faisant référence à un véritable mécanisme d'immobilisations par anticipation, notamment quant aux constructions et ouvrages à construire²⁶³.

Les bonnes intentions du législateur ci-dessus reprises sont à saluer, mais elles sont quelque peu insuffisantes pour permettre complètement la préservation de la sécurité juridique, car aucun délai n'est fixé dans lequel le superficiaire est censé réaliser ses constructions et ouvrages. Ne fallait-il ou ne faudrait-il pas qu'un tel délai soit prévu, en tout cas comparable dans l'expression du principe vu ci-dessus, à ce qui a été énoncé en matière de mobilisation par

²⁶⁰ Nous mettons en évidence et soulignons, cfr. exposé des motifs, *ibidem*.

²⁶¹ Cfr. *J.T.*, 1988, p. 315.

²⁶² Qui aurait pu être nommée expressément, et traitée pour elle-même, plutôt que d'être abordée par un article dénommé « *règles spécifiques* ». Est-ce aussi parce que, étrangement, le livre 3 ne contient aucune disposition spécifique sur les meubles, si ce n'est l'article 3.46. qui affirme de caractère résiduel de la catégorie des meubles ? L'article 528 ancien contenait au moins une définition des meubles, sans doute perfectible.

²⁶³ Cfr à ce sujet les analyses de J.-M. Chandelle, *V°* cité, *R.B.D.B.*, spéc. n° 38.

anticipation²⁶⁴?

Sur ce point, soit le législateur devra réintervenir, soit la tâche sera impartie de ce faire, indirectement, à la jurisprudence, notamment de la Cour de cassation. L'ancien régime était plus simple à cet égard, axé sur la durée maximale de 50 ans, et ce problème pourrait être sérieux dans une superficie portée à 99 ans ou pouvant être même perpétuelle²⁶⁵ dans le cadre, entre autres, de certains investissements privés, concernant les « *ensembles immobiliers complexes et hétérogènes* ».

261. Ce régime global de la superficie et de la propriété immobilière est au total plus complexe que celui qui résultait de l'ancien Code civil et de la loi de 1824. Il pourrait engendrer de nouvelles questions délicates qui touchent à la nouvelle notion de superficie liée au volume. Sera-ce la rançon du progrès ?

On aurait pu considérer, par une approche minimaliste, que la seule question qu'il fallait résoudre légalement à bref délai, pour répondre aux demandes des praticiens, suite à l'arrêt restrictif de la Cour de cassation du 13 septembre 2013 rendu dans l'affaire « *Résidence Picasso* », était celle de la possibilité de constituer une superficie sur un volume d'air. Telle n'a pas été l'optique poursuivie, plus ambitieuse, radicale et globalisante.

262. Cette question est résolue mais au prix de la construction, selon nous, d'une forme juridique en 3 dimensions elle-même, qui présente encore quelques fragilités. Nous émettons à ce sujet les questions et observations suivantes.

D'abord, le législateur définit la superficie comme un **droit d'usage - première dimension juridique du droit** -, à l'instar des autres démembrements de la propriété, puis franchit un pas supplémentaire, engendrant ce qui pourrait être au pire une forme d'incohérence, en constatant que ce droit d'usage confère la **propriété de volumes, bâtis ou non - 2^{ème} dimension** -, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations, donc un **droit de propriété sur ces biens - 3^{ème} dimension du droit** -.

Le législateur a indiscutablement raison d'introduire la volumétrie dans la superficie, mais le fait-il en utilisant un outil juridique simple, clair et transparent, par l'enchaînement de ces 3 éléments ou dimensions ? ;

263. Il semble que cela ne soit pas tout à fait le cas et nous nous interrogeons comme suit :

- pourquoi en effet la référence est-elle faite à un **droit d'usage**, s'il confère exclusivement ou essentiellement²⁶⁶ un droit de propriété ?; l'ancienne définition de la superficie était plus simple et plus claire ; plus pragmatique aussi et l'on aurait pu même la conserver et préciser, par un alinéa 2, que des volumes immobiliers – en ce compris d'air, au-dessus du fonds -, pouvaient faire l'objet de la superficie ; la notion d'immeuble par nature aurait pu aussi être revue en ajoutant à celle du fonds *sensu stricto*, le volume immobilier²⁶⁷, sans prévoir que le fonds « *comprend* » le ou les volume (cfr. art. 3.47.) ;
- Pourquoi prévoir même que la **propriété porte sur des volumes** ? cet objet est immatériel en tout ou en partie, même s'il peut être quantifié et mesuré instantanément²⁶⁸ ; un droit réel peut-il porter sur un tel objet ? non, traditionnellement mais la réponse est rendue positive, dorénavant²⁶⁹ ; cela étant, l'on aurait pu peut-être mieux organiser l'articulation des concepts, la « *définition* », ou en tout cas l'approche du volume – car définition il n'y a pas vraiment concernant ce dernier si ce n'est la référence aux « 3 D » –, qui reste quelque peu fragile nous semble-t-il ,
- cela étant, reconnaissons qu'indiscutablement la loi répond en tout cas à

²⁶⁴ Autre que le délai de prescription trentenaire pour non-usage.

²⁶⁵ Importante précision.

²⁶⁶ Cfr. explications des travaux préparatoires cités *supra*.

²⁶⁷ Et ce en s'inspirant de l'article 518 actuel, tel qu'éclairé par la jurisprudence.

²⁶⁸ Cfr. la définition du bien corporel à l'article 3.40..

²⁶⁹ Du moins quand le livre 3 entrera en vigueur : au 1^{er} septembre 2021 et sera-ce pour les nouvelles conventions uniquement ?

l'objection que la Cour de cassation a opposée par l'arrêt du 13 septembre 2013, dans l'affaire « *Résidence Picasso* », à la constitution d'un droit réel sur un simple volume d'air : désormais, cette construction juridique sera possible, le droit de superficie étant privilégié à cet égard et pouvant porter sur un volume d'air ; c'est un acquis indiscutable du livre 3, mais nous conservons quelques réticence à suivre totalement la formulation du nouveau mécanisme global ;

- la **propriété** ne doit-elle pas porter également sur les **constructions et ouvrages** ou plantations ? ; on nous dira que cela va de soi²⁷⁰ ; il n'en sera toutefois ainsi qu'indirectement à la lumière même de passages des travaux préparatoires qui tendent à relativiser les droits du superficiaire par rapport aux constructions, plantations et ouvrages par lui effectués ou qu'il aurait repris²⁷¹ ; peut-être aussi eût-il été préférable de mieux énoncer les droits à cet égard, qui étaient centraux dans l'économie générale de l'article 1^{er} de la loi de 1824 ;
- le droit sur les volumes peut apparemment s'exercer sans limites, à lire 3.184., mais cela n'est pas exact, l'article 3.63., rappelé ci-dessus (cfr. n° 32, 6)), contenant d'importantes restrictions et il eut été utile d'y renvoyer, dans la définition même de la superficie ; ces restrictions auraient même dû se retrouver dans le régime même de la superficie ;
- quant à la durée de la superficie liée à la notion même, nous avons vu ci-dessus que le superficiaire ne devait pas construire dans un certain délai, même en cas de superficie perpétuelle, ce qui – répétons-le car c'est important - pourrait être source d'insécurité juridique et d'inégalité de traitement entre tréfoncier et superficiaire.

264. Ensuite la **notion de fonds** aurait dû être définie de façon classique – le fonds de terre, immeuble par nature par excellence-, et ce indépendamment de la notion de volume (ne « *comprendant* » donc pas les volumes), qui elle-même aurait dû être définie de façon autonome et claire – par exemple en tant que volume immobilier, sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds ou d'un immeuble -, et non pas seulement, et incidemment, dans le régime de la superficie (outre l'article 3.47.).

Les articles 552 et 553 du Code civil, très clairs dans leur contenu et leur positionnement dans le Code, sont maintenant dispersés en plusieurs dispositions (cfr. art. 3.64. et autres), perdant donc, nous semble-t-il, une partie de leur simplicité, lisibilité et transparence. Existe-t-il d'ailleurs une règle correspondant à l'article 552, prévoyant que la propriété du sol emporte la propriété du dessous et du dessus ? Non pas sous cette forme générale mais sous la forme restrictive de l'article 3.63.

265. Remarque également importante : le législateur aurait pu, et dû, également prévoir, en toute clarté, d'une part, que **la renonciation à l'accession constituait une superficie**, et trancher d'autre part, la question de savoir si, à côté de cette superficie, il était possible de créer une propriété perpétuelle, ce qui semblait, sous l'ancien régime, être possible à la lumière de l'arrêt analysé *supra*, du 6 septembre 2018, rendu dans l'affaire de la cave souterraine et ce que nous préconisons comme interprétation.

Ici le législateur ne manque-t-il pas une double occasion, conceptuelle l'un et l'autre, quant au fait de rappeler une notion fondamentale dans le régime de la superficie, et d'éclaircir une question intéressante et importante en pratique concernant celle-ci ?

Quant à la renonciation à l'accession, elle nous paraît possible en vertu de l'**article 3.64.**, qui, comme vu *supra*, prévoit, à l'instar de l'article 553, que « §1^{er}. *Les ouvrages et plantations réalisées sur, au-dessus ou en dessous d'un fonds sont présumés*

²⁷⁰ Mais quelle est l'assiette de ce droit ?

²⁷¹ Cfr. encore passages cités.

appartenir au propriétaire dudit fonds. Cette présomption peut être renversée par la loi ou par un acte juridique, auquel cas s'applique les différentes règles d'indemnisation prévue, lorsque le titre légal ou contractuel prend fin ». Toutefois, mais aurait souhaité trouver une confirmation, ou une infirmation, expresse, dans le droit de la superficie, quant à cet élément important, rendu plus difficile à affirmer dès lors que la superficie est conçue comme un droit d'usage impliquant une propriété sur un volume²⁷².

266. Toute la question sera évidemment également d'adapter le régime de la publicité foncière à la volumétrie, ce qui semble être en cours.

267. Au terme de cette première analyse, nous constatons un indéniable progrès dans le régime juridique de la superficie : son adaptation à la volumétrie, au sens juridique du terme, et comprenant donc dorénavant les volumes d'air, ce qui dynamisera considérablement la pratique de la superficie.

Nous continuons cependant à nous interroger, comme vu ci-dessus, au sujet de la construction juridique utilisée. Nous devons également relever certains éléments de complexification supplémentaire par rapport à l'ancien régime qui ne sont pas réellement favorables au maintien de la sécurité juridique.

268. Rappelons aussi, encore une fois, que la notion de superficie donnée par l'article 3.177. est « impérative »²⁷³. Qu'en est-il des notions de « fonds » ou de « volumes » ? Elles devraient l'être également puisque normalement toutes les « définitions » sont impératives²⁷⁴.

Par. 2. L'ancien et le nouveau régime de la superficie : analyse synthétique et critique

A. Ancien régime : loi du 10 janvier 1824 applicable jusqu'à l'entrée en vigueur du livre 3 (le 1^{er} septembre 2021²⁷⁵).

269. Notons les grands axes de l'ancien régime, comme suit :

- 1) **Droits et obligations du superficiaire** : Les droits du superficiaire sont les suivants, en distinguant les droits sur les biens des droits sur le droit de superficie : i) **droit de propriété sur les biens en superficie** : par définition et de façon générale, le superficiaire exerce un droit de propriété plein et entier - mais limité dans le temps - sur les constructions, plantations ou ouvrages qu'il réalise ou qu'il a acquis auprès du tréfoncier, pendant toute la durée de la superficie ; il exerce donc l'*usus* - droit de jouissance plein -, le *fructus* et l'*abusus* à l'égard de tous les éléments faisant partie de son droit de propriété. Bien sûr, ces prérogatives réelles sont-elles limitées en fonction de la durée du droit; ii) il découle donc de ce droit de propriété temporaire dans le chef du superficiaire, un **droit de jouissance (*usus*) et de perception des fruits (*fructus*) et produits** émanant des biens en superficie. Sur ces bases, le superficiaire peut poser tous *actes matériels et juridiques* de jouissance en rapport avec le bien en superficie, et il peut percevoir les fruits et produits du bien, sauf accord spécifique avec le tréfoncier; iii) le droit de propriété temporaire implique également **un droit de disposition largement défini, quant aux biens en question**, dans le chef du superficiaire.

NB. A ce titre, il peut : 1) disposer des constructions qu'il a construites, les donner à bail, les démolir, arracher les plantations qui lui appartient, pourvu que le fonds soit remis dans l'état où il se trouvait avant la construction ou les plantations, le jour où la superficie prend fin ; à ce sujet, l'**article 5 de la loi sur la**

²⁷² Ce qui confirme une faiblesse de la définition à cet égard.

²⁷³ Dans le régime actuel, elle est d'ordre public.

²⁷⁴ Cfr. art. 3.1. et *supra*.

²⁷⁵ Sans parler bien sûr de l'application aux actes et faits du passé en vertu des dispositions transitoires concernées.

superficie prévoit : “Pendant la durée du droit de superficie, le constituant du droit de superficie ou son ayant droit ne peut empêcher celui qui a ce droit de démolir les bâtiments et autres ouvrages, ni d’arracher les plantations et de les enlever, **pourvu que ce dernier en ait payé la valeur lors de son acquisition, ou que les bâtiments, ouvrages et plantations aient été construits ou faits par lui**, et pourvu que le fonds soit remis dans l’état où il se trouvait avant la construction ou la plantation” (mis en évidence) ; cette disposition implique une distinction entre : a) les constructions, plantations ou ouvrages faits par le superficiaire, et ceux existants à l’origine mais dont il a payé le prix, sur lesquels s’exerce son droit de libre jouissance et de disposition; et b) les constructions, plantations ou ouvrages originaux dont il n’a pas payé la valeur, qui échappent à son droit (et qu’il ne peut bien sûr endommager ou a fortiori démolir, en étant pas propriétaire s’il ne les a pas payés), et qui font l’objet d’une obligation de restitution de sa part, en l’état, à la fin de la superficie; cette distinction est de bon sens;.2.) dans le cadre de son droit de disposition sur les biens découlant de son droit de superficie, le superficiaire a le **droit de grever ceux-ci de servitudes**, à nouveau toujours dans la limite temporaire de son droit ; à cet égard, l’**article 2, alinéa 2**, de la loi prévoit : “Il peut grever de servitudes les biens qui font l’objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement”; 3) toujours au titre de son droit de disposition, le superficiaire peut **hypothéquer les biens** qui appartiennent à la superficie, céder des droits personnels de jouissance sur ces biens, et des droits réels également, tels qu’usufruit, usage ou habitation, dans les limites temporelles de la superficie. Les biens superficiaires peuvent par ailleurs faire l’objet de saisies immobilières contre le superficiaire et de protection possessoire de la part de ce dernier (cfr. aussi enseignements déduits de l’arrêt “*Immogaule*”, ci-dessus analysé *supra*);

2. Droits sur le droit de superficie : à côté des droits portant sur les biens en superficie, existent les droits s’exerçant sur **le droit de superficie** lui-même. l’**article 2, alinéa 1, de la loi** prévoit que : “Celui qui a le droit de superficie peut l’aliéner et l’hypothéquer”. La disposition est importante et exprime le droit de disposition du superficiaire non seulement sur ses biens mais aussi sur son droit, lequel est constitutif d’une véritable propriété incorporelle. Selon certains praticiens, le superficiaire pourrait notamment octroyer une superficie portant sur sa superficie, une sous-superficie donc.

3. Absence de droit sur le fonds (et le tréfonds) : en revanche, le superficiaire n’a **aucun droit sur le fonds**²⁷⁶, et a fortiori sur le tréfonds ou plus généralement sur tout ce qui n’est pas l’objet de son droit ; il se produit ainsi une dissociation dans l’espace entre la propriété des constructions, plantations et ouvrages appartenant au superficiaire, et la propriété du fonds - et du tréfonds - qui continue à appartenir au tréfoncier. Cette dissociation doit être comprise raisonnablement : il va de soi que le superficiaire devrait exercer son droit de propriété jusque et y compris les fondations de ses constructions et ouvrages, les racines de ses plantations, tous éléments devant eux-mêmes être raisonnablement considérés. A-t-il par ailleurs un droit sur les quotités du sol liées à ces constructions ou plantations ? Une réponse négative s’imposerait, notamment à la suite des analyses que nous avons faites de l’arrêt “*Immogaule*” (cfr. *supra*), et la nouvelle définition de la superficie qui résultait de la loi de 2114 permet sans doute plus de souplesse ; l’absence d’extension de l’objet de la superficie, au sol sous-jacent, découlait de la règle technique suivant laquelle la superficie devait porter “sur” le fonds (cfr. art. 1^{er}), du moins si l’on faisait une lecture stricte de cette disposition.

NB. Cette vision très stricte de la superficie a été à l’origine de difficultés, d’où un argument militant dans le sens d’une extension de l’objet de la superficie, à l’instar de l’évolution législative qui est intervenue aux Pays-Bas ; le régime de la superficie y gagnerait grandement en sécurité juridique et en faisabilité pratique. Heureusement cette modification est intervenue en 2014, puis par le livre 3.

- 6) **Obligations du superficiaire** ; deux types d’obligations doivent être relevées : 1) d’abord celles qui découleront, le cas échéant, de la *convention de superficie* : obligations à caractère **personnel** - et droits de créance correspondants, dans le chef du tréfoncier -, trouvant leur fondement dans la volonté des parties et la convention-loi - en ce compris l’obligation d’exécuter de bonne foi la convention, pesant sur les deux parties (cfr. art. 1134, al. 3, du Code civil -, et pouvant donner lieu à un contentieux de la résolution fautive du contrat en cas de manquement grave à ses obligations par le superficiaire (cfr. art. 1184 du Code civil) ; au titre de ces obligations, citons l’obligation de payer une redevance ; elle n’est pas prévue par la loi comme en matière d’emphytéose²⁷⁷, mais les parties peuvent parfaitement la stipuler ; 2) ensuite, celles découlant de la loi, à savoir des obligations qui peuvent être qualifiée de **réelles**, telles que : a) l’obligation de respecter - obligation générale de respect - la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations qui ne sont pas ceux du superficiaire et

²⁷⁶Voy. cependant H. De Page qui signale que lorsque la superficie s’exerce sur la totalité d’un fonds, on accorde au superficiaire un droit de chasse sur le fonds; cfr. *Traité, op. cit.*, spéc. n° 692, c), et réf. à la doctrine traditionnelle française

²⁷⁷Pour laquelle elle est un élément essentiel même si elle peut être symbolique; cfr. *infra*.

qui ne sont pas compris dans son droit de superficie, ainsi que le fonds lui-même ; à cet égard, les articles 5 et 7 de la loi distinguent deux types de bâtiments. On a vu ci-dessus le texte de l'article 5 ; l'article 7 ajoute 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 du fonds reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations*” ; le superficiaire doit donc respecter : i) les bâtiments, plantations ou ouvrages qui ne sont pas les siens parce qu'il ne les a pas faits à ses frais, ou ne les a pas acquis, et qu'ils sont restés la propriété du tréfoncier; ii) le fonds lui-même (et le tréfonds) s'il décide de démolir ou d'enlever les bâtiments qu'il a érigés, et les plantations ou ouvrages qu'il a réalisés ; cette obligation pesant sur le superficiaire a fait dire à H. De Page que la superficie était une “*propriété grevée d'une restriction*” (cfr. *Traité, op. cit.*, spéc. n° 693); ii) une **obligation de restitution** résultant implicitement de la loi, et qui porte : sur le fonds, dans l'état où l'a reçu; et sur les bâtiments, plantations ou ouvrages qui ne sont pas les siens, qu'il doit restituer au tréfoncier dans l'état où ils se trouvent²⁷⁸; iii) d'autres obligations sont généralement mises à charge du superficiaire, quoique n'ayant pas été prévues expressément par la loi, telle que l'obligation de payer les contributions relatives aux bâtiments (dont le précompte immobilier). Le précompte en rapport avec le fonds devrait être payé par le tréfoncier dès lors que la superficie aura été rendu opposable au fisc (cfr. *supra*, arrêt “*Duyck*”)²⁷⁹.

4. Droits et obligations du tréfoncier

a) droits du tréfoncier : droits sur le fonds et tréfonds

le tréfoncier, propriétaire, ou le «constituant du droit de superficie» si l'on reprend la terminologie découlant de la loi de 2014, conserve un droit plein et entier de propriété sur le fonds, ou tout ce qui n'est pas l'objet de la superficie, non limité dans le temps quant à lui puisque exclu de la superficie (“*ius in re sua*”).

Il en découle : 1) qu'il exerce tout **droit de disposition sur le fonds lui-même, et sur tout ce qui n'est pas l'objet de la superficie**, compatible avec les droits du superficiaire; il exerce ainsi sur le fonds et le tréfonds²⁸⁰ : i) l'*usus* (droit de jouissance); ii) le *fructus* (il perçoit donc les fruits et produits du fonds - et du tréfonds, cela va de soi -, dans ses éléments non donnés en superficie); ainsi que iii) l'*abusus*, sous réserve encore des droits concurrents du superficiaire;

2) en conséquence, il a le droit d'hypothéquer le fonds, d'aliéner celui-ci²⁸¹ et/ou le tréfonds, de grever le fonds et le tréfonds de servitudes pour peu qu'elles soient compatibles avec la superficie également octroyée (par exemple des servitudes pesant sur des parties du fonds/tréfonds, ou des immeubles, qui n'auraient pas été donnés en superficie);

3) il exerce aussi son droit de propriété sur la propriété du fonds et du tréfonds, et peut céder ce droit, qui se confond en quelque sorte avec le bien cédé;

4) il a le droit à percevoir toutes sommes payées par le superficiaire, dans le cadre du bail de superficie, la superficie n'étant pas caractérisée de façon essentielle par l'existence d'une redevance, dite “*canon*”, comme l'emphytéose.

b) Absence de droit, et absence de jouissance sur les éléments qui sont la

²⁷⁸On peut se demander qui doit entretenir ces bâtiments. La loi n'en parle pas. Ce point devra être réglé par la convention des parties si nécessaire. Il me semble que ces bâtiments doivent en principe être entretenus par leur propriétaire, à savoir le tréfoncier, sauf à considérer qu'ils sont compris dans l'obligation de restitution dans l'état d'origine concernant le fonds, qui s'impose au superficiaire (cfr. art. 5, *in fine*). A l'encontre de cette analyse, H. De Page écrit que le superficiaire doit les restituer à la fin du droit “dans l'état où ils se trouvent” alors (cfr. *Traité, op. cit.*, spéc. n° 696, p. 589), ce qui exclut une obligation d'entretien dans le chef du superficiaire. Mais d'autre part, si ce dernier a la jouissance de ces bâtiments malgré le fait qu'ils ne lui appartiennent pas, il est raisonnable de penser qu'il devrait alors les entretenir. Tout sera donc question de circonstances et d'espèce.

²⁷⁹A ce sujet, H. De Page relève un enseignement contraire de la doctrine - de F. Laurent notamment - qu'il critique toutefois à juste titre. Cfr. n° 693, *ibidem, in fine*.

²⁸⁰Du sous-sol notamment.

²⁸¹Dans l'affaire “*Duyck*”, le fonds avait été aliéné à la suite d'une action en vente forcée d'un créancier du sieur *Duyck*; cfr. *supra*, n° 683, 1).

propriété du superficiaire : il va de soi que le propriétaire du fonds doit respecter la propriété en surface et autre, du superficiaire, qui implique aussi une jouissance de ce dernier sur les éléments qui en font partie - constructions, bâtiments, etc ...

B. Obligations du tréfoncier ou du constituant : le tréfoncier a peu d'obligations ; elles sont de deux ordres : i) *contractuelles et personnelles* d'abord, lorsqu'elles sont prévues par le bail de superficie ; Elles seront le plus souvent inexistantes ou très peu nombreuses, sauf l'obligation générale de respecter le droit de superficie concédé au superficiaire et les prérogatives liées, et l'obligation d'exécuter de bonne foi la convention (cfr. art. 1134, al. 3, du Code civil et principe général du droit du même nom); ii) *réelles et découlant de la loi* sur la superficie ; elles sont aussi rares et de faible intensité (si ce n'est l'obligation générale de respecter les droits du superficiaire). Signalons les obligations suivantes qui découlent expressément ou implicitement de la loi et de l'économie générale de la superficie :

1) l'obligation, en cours de superficie, de respecter la propriété du superficiaire : obligation générale de respect;

2) l'obligation, en cours de superficie, de payer l'impôt foncier en rapport avec le fonds et les constructions ou autres biens qui seraient restés la propriété du tréfoncier;

- 7) l'obligation *éventuelle*, à la fin de la superficie, d'indemniser le superficiaire et de payer la valeur actuelle de la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations faits par le superficiaire, ce dernier bénéficiant d'un droit de rétention jusqu'au remboursement de cette valeur par le tréfoncier (cfr. art. 6, *in fine*, de la loi) ; cette obligation est sans doute la plus significative et il faut y prendre garde notamment en cas de superficie découlant d'une renonciation à l'accession, expresse ou tacite mais certaine (résultant elle-même par exemple de la cession d'un droit de construire à celui qui pourra ainsi se prévaloir d'une superficie; la convention des parties pourra y déroger ou l'aménager.

4. Régime (suite) : la fin de la superficie

4.1. Causes

Les causes d'extinction de la superficie découlent soit de la loi sur la superficie, soit du droit commun ; les causes légales sont le plus souvent l'expression d'un mécanisme de droit commun, comme l'arrivée à terme du droit

1) **causes légales déduites de la loi sur la superficie** : elles sont les suivantes, en vertu des articles 4 et 9 de la loi : i) **l'arrivée du terme de la superficie : 50 ans sauf renouvellement** (cfr. art. 4 de la loi, à caractère d'ordre public) ; en principe, l'accession opérera avant le renouvellement, « un instant de raison », de sorte qu'il en résultera les conséquences civiles et fiscales de cette accession ; ii) les autres causes prévues par l'article 9 de la loi : "*Le droit de superficie s'éteint entre autres : 1° Par la confusion; 2° Par la destruction du fonds; 3° Par la prescription de trente ans*".

NB. on peut se demander s'il convient d'y ajouter, en dépit du silence de la loi sur la superficie, la *déchéance du superficiaire pour abus de jouissance* de sa part, comme en matière d'emphytéose. Certains l'ont prétendu mais je souscris à cet égard à l'analyse contraire de H. De Page : il s'agit d'une cause spécifique à l'emphytéose (cfr. *infra*), et il ne convient **pas** d'étendre une disposition dérogatoire au droit commun (sur ce point et sur la controverse en la matière, cfr. H. De Page, *Traité, ibidem*, n° 695, *in fine*).

2) **Causes de droit commun** : s'ajoutent aux causes légales des *causes classiques de droit commun*, telles, entre autres, que : i) **l'annulation ou la résolution du titre constitutif de la superficie** (le bail de superficie) (cfr. art. 1108, 1183, 1184 du Code civil, etc ...); quant à la possibilité de prévoir une condition résolutoire - événement futur et incertain extérieur au bail de superficie -, de nature à entraîner la résolution de la convention de bail de superficie, il semble qu'elle existe au même titre que dans le droit de l'emphytéose (cfr. *infra*); ii) **l'annulation ou la résolution des droits du propriétaire du sol** (cfr. à nouveau art. 1108, 1183 et 1184 du Code civil), emportant par voie de conséquence l'extinction de la superficie, sauf si les droits du superficiaire découlent d'une prescription acquisitive, mode originnaire d'acquisition de la propriété (cfr. H. De Page, *Traité, op. cit.*, spéc. n° 695, 5°); iii) **la résiliation amiable** du bail de superficie ("*mutuus dissensus*"), peut opérer dès lors qu'il n'y a pas de minimum de durée prévu dans la loi sur la superficie, ce qui n'est pas le cas en matière d'emphytéose (cfr. *supra*); iv) la **renonciation unilatérale** par le superficiaire à son droit ; cette cause semble être admise en matière de superficie alors qu'elle est plus problématique en matière d'emphytéose (cfr. *supra*); si la renonciation se fait sans conséquence préjudiciable pour le tréfoncier et si notamment elle ne porte pas préjudice aux conséquences d'obligations légales antérieures du superficiaire vis-à-vis du tréfoncier, en d'autres termes si elle ne vaut que pour l'avenir, on peut en admettre l'existence. ; d'autre part, si le superficiaire tire ses droits d'un bail de superficie, il ne pourra pas mettre fin unilatéralement à ses obligations contractuelles (cfr. art. 1134, al. 1^{er} du Code civil et principe général du droit de la convention-loi. La renonciation ne pourrait donc alors opérer en

vertu du droit commun des obligations et des contrats; v) et le *rachat* de la superficie soit à l'amiable par le propriétaire du sol, soit à la suite d'une procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique;

4.2. Conséquences : accession différée au profit du propriétaire du fonds / constituant, moyennant une indemnité payée au superficiaire (sauf le cas des constructions appartenant au propriétaire) et droit de rétention au profit du superficiaire.

Les causes d'extinction de la superficie opèrent en principe pour l'avenir seulement ("*ex nunc*"), également parce que le bail de superficie est un contrat à prestations successives; les conséquences essentielles de la fin de la superficie concernent le sort des constructions, ouvrages ou plantations faits par le superficiaire.

- A la fin de la superficie, se réalise en effet une **accession**, jusque-là **différée**, au profit du tréfoncier (cfr. art. 552, al. 1, du Code civil) ; le mécanisme de l'accession fonctionne ici au sens large du terme (cfr. art. 552 et 553) et non au sens de l'accession spécifique de l'article 555 qui requiert en principe des constructions ou ouvrages séparables pour qu'il y ait accession ;

- Il est équitable de reconnaître une indemnité au superficiaire pour les constructions que ce dernier a faites à ses frais, ou qu'il a achetées, pendant la superficie ; la situation du superficiaire n'est pas très différente de celle du possesseur de bonne foi qui fait des constructions sur le fonds d'autrui (cfr. règle spéciale de l'article 555 du Code civil, *in fine*) ; *a fortiori* faut-il lui accorder une indemnité puisque même un possesseur de mauvaise foi ou un détenteur se voit reconnaître une indemnité lorsque le propriétaire du fonds décide de garder les constructions (cfr. règle générale de l'article 555, début).

- Quant à l'indemnité, **trois systèmes principaux s'offraient au choix du législateur** : i) celui qui se base sur la plus-value apportée au fonds, conforme aussi au principal général du droit de l'enrichissement sans cause; ii) celui qui prend en compte le coût des matériaux et de la main d'oeuvre; et iii) celui qui prend en considération la valeur des constructions au moment où l'accession se réalise, ce qui impliquera généralement une évaluation par expert en fonction de l'état du marché (valeur vénale en vente de gré à gré et non en vente publique, qui paraît ne pas correspondre à la situation normale et équitable).

C'est dans le sens de ce troisième système que s'est fixée la loi du 10 janvier 1824, ce à quoi l'on pouvait s'attendre aussi eu égard au long délai écoulé entre la naissance et la fin de la superficie. Le système est par ailleurs basé sur une distinction de bon sens - car relevant de la "nature des choses"-, opérée entre le sort fait aux constructions érigées par le superficiaire ou achetées par lui (octroi d'une indemnité, garantie par un droit de rétention), et le sort fait aux constructions qui sont restées la propriété du tréfoncier, pour lesquelles il est équitable de décider un retour par accession au propriétaire du fonds sans indemnité pour le superficiaire (et dès lors sans droit de rétention pour lui).

Ce système découle des articles 6 et 7 de la loi. Il est, encore une fois, supplétif de la volonté des parties qui peuvent prévoir un autre système ou toutes modalités plus précises d'indemnisation, ou de non-indemnisation, dans leur convention de superficie (cfr. *infra*, exemple de convention de superficie).

Les articles 6 et 7 sont les suivants :

- article 6 : accession au profit du propriétaire du fonds moyennant l'octroi préalable d'une indemnité au superficiaire à concurrence de la valeur actuelle des biens, concernant les biens du superficiaire, et droit de rétention au profit de ce dernier : "A l'expiration du droit de superficie, la propriété des bâtiments, ouvrages ou plantations, passe au (propriétaire du fonds) constituant du droit de superficie ou son ayant cause, à charge par lui de rembourser la *valeur actuelle* de ces objets au propriétaire du droit de superficie, qui, jusqu'à remboursement, aura le droit de rétention". Le droit à indemnité du superficiaire est donc garanti par un véritable droit de rétention. H. De Page notait que la charge de payer la valeur actuelle des

biens au superficiaire pouvait être très lourde pour le tréfoncier, d'autant plus qu'elle était assortie d'un **droit de rétention**²⁸² sur le fonds au profit du superficiaire, d'où l'intérêt pour le tréfoncier de prévoir une clause dérogatoire dans la convention, soit au principe même de l'indemnisation (comme en matière de bail), soit à tout le moins quant à ses modalités, pour en limiter le coût (cfr. *Traité, op. cit.*, spéc. p. 696, 1°, p. 589).

2) article 7 : accession sans indemnité et droit de rétention pour les autres types de constructions restés la propriété du tréfoncier : “*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 du fonds reprendra le tout à l'expiration du droit, sans être tenu à aucune indemnité pour ces bâtiments, ouvrages ou plantations*”.

NB. Qu'en est-il par ailleurs du sort des charges affectant la propriété superficiaire (telles qu'une affectation hypothécaire), ou autres droits réels ou personnels octroyés par le superficiaire, à la fin de la superficie ? ils prendront fin en principe de plein droit puisqu'ils s'éteindront avec le droit principal de superficie²⁸³ ; quant aux charges et droits accordés par le tréfoncier, elles s'étendront en principe aux biens de la superficie devenus automatiquement la propriété du tréfoncier par accession.

²⁸² Qui dit droit de rétention dit persévérance de la détention du fonds dans le chef du superficiaire, et tant que la rétention persévérera, l'accession ne se réalisera pas au profit du propriétaire.

²⁸³ Cfr. art. 1, al. 1, 1°, de la loi hypothécaire en matière d'hypothèques et de privilèges immobiliers.

B. Nouveau régime : livre 3 : art. 3.177. et s.

270. **Remarque préliminaire.** Après les considérations qui précèdent, lesquelles ont été développées au départ de la notion de superficie, et ont touché déjà un certain nombre d'éléments du régime de la superficie, opérons maintenant une synthèse des nouvelles dispositions constituant le nouveau régime de la superficie, article par article²⁸⁴. Nous nous bornerons à l'essentiel, en renvoyant à l'occasion aussi à l'exposé des motifs des dispositions.

1) Article 3.178. Qualité de constituant

271. Il est prévu 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**. La règle découle de la modification de l'ancien article 1^{er} de la loi de 1824, par la loi de 2014.

L'article 3.178. ne précise pas de quoi le constituant est propriétaire, ou ce sur quoi porte le droit réel d'usage concerné (un fonds, un bâtiment, un volume, etc ...). Une large portée peut être conçue.

Comme pour l'emphytéose, il aurait été utile de préciser qui sont les parties dans la définition de l'article 3.177. ou à l'article 3.179. : le propriétaire, le constituant et le superficiaire.

Une dualité de rôle apparaît entre 1) le **constituant** et 2) le **superficiaire**.

2) Article 3.179. Objet

272. Cet article aborde, comme on l'a vu, l'objet de la superficie, qu'il ne définit toutefois pas, à nouveau, de façon précise et systématique.

La règle est posée suivant laquelle, **sauf convention contraire dans l'acte de constitution**, la superficie porte sur les **immeubles préexistants** (lesquels seront régis par les mêmes règles que si le superficiaire les avait réalisés lui-même). Les conséquences de cette règle – nouvelle par rapport à l'ancien régime²⁸⁵ – peuvent être redoutables pour le propriétaire du fonds qui n'y prête pas attention, ou qui serait mal conseillé à cet égard. Quid aussi en cas de simple renonciation à l'accession ? La règle jouerait semble-t-il, sauf volonté contraire des parties.

²⁸⁴ Au sujet de ceux-ci, cfr. aussi les explications et justifications apportées par l'Exposé des motifs, *op. cit.*, Doc. 55 / D173/001, p. 329 et s.

²⁸⁵ Cfr. art. 5 et 7 instaurant un système impliquant d'abord une obligation de respecter les bâtiments et ouvrages se trouvant sur le fonds, préexistants et non rachetés par le superficiaire, ensuite une absence d'indemnité à payer au superficiaire, par le propriétaire, en fin de droit, par dérogation à l'article 6, pour les bâtiments, ouvrage et plantations préexistants, dont la valeur n'avait pas été payée par le superficiaire au propriétaire.

Ici se pose indirectement la question de la distinction entre l'assiette et l'objet du droit de superficie, que l'on aurait dû d'ailleurs aborder plus haut quant à la notion même de superficie.

En effet et en tout cas dans le cadre traditionnel, le droit de superficie est toujours conféré en pratique sur un immeuble (terrain – fonds de terre ou bâtiment) ; il s'agit de l'**assiette** concrète du droit de superficie, qui confère au superficiaire le droit de construire dans le cadre d'un volume (déjà construit ou non), sur, au-dessus ou en dessous de cet immeuble, suivant la nouvelle approche du concept de superficie.

Le superficiaire n'étant en réalité pas propriétaire de l'assiette de son droit, mais uniquement de son objet (par exemple, le superficiaire d'un terrain n'est pas propriétaire de ce terrain mais uniquement des bâtiments qu'il construit sur ce terrain, dans le cadre d'un volume déterminé ; de même, le superficiaire d'un bâtiment n'est pas propriétaire de ce bâtiment mais uniquement en principe des constructions qu'il a réalisées dans le cadre du volume déterminé (par exemple, des panneaux solaires posés sur le toit du bâtiment). Est-il dès lors pertinent de prévoir que son droit de propriété porte sur le volume lui-même ? Il semble que le texte actuel – et cela vaut aussi pour l'article 3.177., bien entendu - se situe dans cette logique²⁸⁶, de sorte que la nouvelle assiette du droit paraît être le volume, mais elle interpelle et nous paraît même critiquable.

Une superficie pourrait-elle en outre porter sur un immeuble incorporel ? On peut se poser la question et sans doute devra-t-on y répondre négativement car l'objet de la superficie sera dorénavant d'abord un « *volume* ».

273. L'article aborde un autre aspect important de l'objet de la superficie en prévoyant que : « *Le superficiaire ne dispose d'aucune prérogative sur les volumes sur, au-dessus ou en dessous du fonds, **expressément exclus de son droit**, sans préjudice de l'article 3.131.* ». (mis en évidence)

Il conviendra logiquement que, dans les actes à venir, la volumétrie exclue soit déterminée avec la précision requise.

Mais dans certains cas, l'exclusion aurait pu tacite mais certaine. Requérir une exclusion contractuelle « *expresse* » paraît donc ne pas prendre en considération cette possibilité ou réalité et aller dans un sens à nouveau trop protecteur du superficiaire et pas assez du tréfoncier. Telle est toutefois la règle posée.

274. Une autre observation s'impose encore au sujet d'une possible lacune du texte actuel. Il est fréquent en pratique, notamment pour des raisons fiscales, que les parties à la superficie ne souhaitent pas transférer les constructions. L'article 3.179 étant supplétif et vu surtout la réserve « *sauf convention contraire* », il semble possible de le faire en dérogeant au reste de l'alinéa premier. L'alinéa 2 semble le permettre d'ailleurs aussi.

Cependant, il existe encore une possible discussion sur la portée, au sens de l'article 3.179., des droits d'un superficiaire sur des constructions (ouvrages ou plantations), présentes dans le volume étant l'objet de son droit, mais dont il n'aurait pas acquis la propriété : jusqu'où s'étend alors son droit de jouissance, ou d'usage plus précisément ?

²⁸⁶ Cfr. n° 2 et s. et passages de l'exposé des motifs cités et analysés.

Une solution aurait pu être de prévoir dans la loi que : « *Lorsque les parties dérogent contractuellement à l'alinéa premier, en prévoyant que la propriété des ouvrages ou plantations existantes n'est pas transférée au superficiaire, ce dernier bénéficie alors sur ceux-ci d'un droit de jouissance au sens de l'article 3.167. du présent Code et réglementé par les règles y applicables* ». Serait ainsi conféré un droit de d'emphtéose, ce qui paraît possible. Cette solution n'a pas été retenue.

3) Article 3.180. Durée

275. Les règles en matière de durée de la superficie sont modifiées par rapport à la durée de 50 ans, renouvelable, prévue dans la loi de 1824. L'article 4 de cette dernière loi était considéré comme d'ordre public. Il semble que l'article 3.180. soit dorénavant impératif²⁸⁷. Le nouveau régime de la durée est en tout cas très innovant à cet égard.

Il est aussi prévu que **la durée du droit de superficie ne peut être supérieure à 99 ans** (Il n'y a pas de minimum). Cette **règle** est prévue « *nonobstant toute clause contraire* » alors que dans le cadre de la législation de 1824, la durée de la superficie était considérée comme étant d'ordre public, car touchant à la notion même de superficie. On aurait pu se demander s'il ne fallait pas lui maintenir un tel caractère et prévoir que toute violation de la règle est sanctionnée par la nullité absolue. Il s'agissait toutefois d'une question de choix et d'opportunité qui appartient au législateur et ce dernier a tranché dans le sens de l'impérativité²⁸⁸.

Reste que comme vu concernant l'article 3.1., on se demandera qu'elle sera la sanction applicable à une convention qui s'y oppose ?

Il nous semble que ce ne sera pas une nullité, mais plutôt une éventuelle requalification de la convention en une autre convention, ou simplement la fixation d'une superficie sur la base de la durée devenue de droit, commun, de 99 ans²⁸⁹, voire moins si une volonté des parties peut être trouvée. Cette question devra être approfondie en fonction des évolutions du régime en pratique et en fonction de la jurisprudence et de la doctrine.

276. D'autres règles plus précises sont prévues.

Notamment, et c'est essentiel, la fin de l'article précise que le **droit de superficie** peut être **perpétuel** lorsque et tant qu'il est constitué par le propriétaire du fonds :

1° soit à des fins de **domanialité publique** ;

²⁸⁷ Cfr. *supra*, réf. 64. On aurait pu même soutenir un caractère d'ordre public, surtout concernant le régime des nouvelles superficies perpétuelles, notamment dans leurs conditions strictes de réalisation ; cfr. ci-après. Tenons-nous à une impérativité.

²⁸⁸ Cfr. Exposé des motifs, p. 337 et s.

²⁸⁹ Voy. et comp. à cet égard, l'intéressant arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 (*Pas.*, 2015, I, p. 2773), ayant décidé que dans le cas d'une superficie établie pour une durée indéterminée, celle-ci n'est pas nulle mais doit être réduite au délai maximal légalement prévu (50 ans).

2° soit pour permettre la division en volume d'un « **ensemble immobilier complexe et hétérogène** comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune » (nos soulignons).

Si la première exception peut se comprendre, la seconde soulève davantage le questionnement. Elle semble la porte ouverte à des opérations de promotion immobilière, réalisées par des sociétés privées, dans un contexte qui, à partir du moment où l'opération est « *perpétuelle* », pourrait avoir pour conséquence un certain gel de la propriété des biens en question. Il convenait donc de bien peser l'opportunité de recourir à une telle disposition, dont les critères et les conditions ne sont pas non plus des plus clairs.

277. Nous ne sommes personnellement pas favorables à ce cas de perpétuité admise du droit : pourquoi en effet ne pas avoir appliqué alors la règle des 99 ans, ainsi qu'en matière d'emphytéose. Mais le législateur a fait un autre choix.

Comme on l'a signalé plus haut, il eut été également essentiel que le législateur fixe un délai dans lequel le superficiaire est censé construire ou établir ces ouvrages et plantations, surtout en cas de superficie devenant de très longue durée, voire même étant perpétuelle.

278. Ici se pose également la question de la conciliation de la superficie d'une durée importante, voire perpétuelle, avec la reconnaissance d'une propriété, par essence perpétuelle, par exemple en sous-sol comme nous l'avons rencontrée dans les affaires « *Miguet* » et de la « *cave perpétuelle* » (arrêts de la Cour de cassation des 28 novembre 1969 et 6 septembre 2018).

Il nous a semblé, en tout cas sous l'ancien régime, que cette conciliation était possible, la Cour de cassation ayant pris soin de préciser, dans la deuxième affaire, que toute renonciation à l'accession n'implique pas nécessairement une superficie.

Il semble que dans le nouveau régime cette conciliation ne soit plus possible ou en tout cas soit très malaisée à soutenir, sans avoir toutefois été exclue par une disposition claire, sauf erreur de notre part. On trouve en effet dans les travaux préparatoires de la loi le passage suivant : « *La loi de 1824 sur le droit de superficie ne présentait qu'un cadre très limité en matière de division horizontale de propriété, surtout lorsque l'on interprète la jurisprudence de la Cour de cassation de manière telle qu'une renonciation à l'accession est toujours assimilée à la constitution d'un droit de superficie*²⁹⁰. La doctrine était toutefois divisée sur cette interprétation et partant sur le champ d'application respectif de la loi sur la superficie et de la finale de l'article 553 du Code civil. Afin de régler cette controverse et, dans le même temps, d'élargir la palette d'instruments, la durée du droit de superficie est rendue plus flexible, à l'instar de ce qui existe dans d'autres systèmes juridiques : la durée maximale est portée de 50 à 99 ans et, parallèlement, un droit de superficie perpétuelle – n'expirant qu'à titre exceptionnel – est même rendu possible dans un certain nombre de cas. D'une part, cette évolution correspond aux développements de la pratique et, d'autre part, cela crée une exception innovante pour des complexes hétérogènes, sans parties communes entre les différents volumes composant le complexe. Le détour « artificiel » par le régime de la copropriété forcée d'immeubles de groupes d'immeubles (art. 577 - 3 et suivants du Code civil), devient dorénavant inutile »²⁹¹.

Ce passage semble donc exclure dorénavant la conciliation – mais la règle aurait dû être plus clairement posée – entre une superficie et une propriété perpétuelle.

279. Les justifications qui sont données pour le reste, au 2^{ème} cas de superficie perpétuelle – celui des **ensembles immobiliers complexes et hétérogènes**²⁹² –, doivent être approfondies.

²⁹⁰ Ce qui est manifestement inexact au regard des enseignements très clairs des arrêts précités.

²⁹¹ Cfr. p. 330 de l'exposé des motifs.

²⁹² Au sujet desquels nous trouvons les explications suivantes dans l'exposé des motifs

A cet égard, il faut citer les importants passages se trouvant dans l'exposé de motifs, qui développent il est vrai une approche restrictive de cette notion, comme suit : « (...) sont visées les complexes immobiliers hétérogènes, c'est-à-dire 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. **Il est essentiel qu'il n'y ait pas de parties communes.** En effet, les parties ne peuvent pas porter atteinte au caractère impératif des règles relatives à la copropriété des appartements. Le champ d'application de la réglementation sur la copropriété par appartements est également impératif et ne peut, sauf application de l'article 99, al. 1^{er} in fine, être contourné. Vu qu'il n'y a pas de parties communes en cas de droit de superficie perpétuelle, ils doivent être distingués clairement de la copropriété forcée d'immeubles ou de groupes d'immeubles (art.399.). En cas de simples immeubles par appartements, il ne peut être question de complexe hétérogène et il ne peut donc être fait application des droits de superficie perpétuelle. Il faut le cas échéant vérifier s'il n'y a pas fraude à la loi. Outre le fait que la prescription légale éludée doit être de droit impératif, il y a fraude à la loi si (1) les parties tentent d'échapper à la règle impérative en faisant usage de l'instrument « servitude » qui aboutit indirectement aux résultats interdits et (2) l'intention d'éludée peut être démontrée ou résulte des circonstances. On notera encore que le projet propose dans son article 3.131. Une nouvelle servitude légale : le titulaire d'un droit réel d'usage d'un immeuble profite en vertu de toutes les servitudes nécessaires à l'exercice de son droit sur le fonds du propriétaire grevé dudit droit réel (...) »²⁹³.

Il faudra voir comment la pratique s'accommodera de ces précisions. Insistons sur le fait que le système en question, et l'allusion à d'éventuelles fraudes à la loi à cet égard, ne devrait valoir que pour les complexes dits hétérogènes du futur qui seront organisés après le 1^{er} septembre 2021 sur la base de la nouvelle loi.

En outre, on peut s'interroger comme suit : pourquoi recourir alors à une ou des superficies perpétuelles sur des volumes et pas, plus simplement, à une ou des propriétés normales sur chaque élément du complexe et hétérogène, y compris le terrain. Est-ce pour des raisons fiscales liés à certains intérêts fiscaux des démembrements de la propriété. Si tel est le cas, il conviendra que le régime fiscal soit clair également à cet égard, sans possibilité de remise en question²⁹⁴.

280. Le dernier alinéa de l'article prévoit que : « *Lorsque le droit de superficie et la conséquence d'un droit principal, conformément à l'article 3.82.7, sa durée est identique à la durée de ce droit principal* », ce qui constitue une règle pertinente applicable à la superficie - conséquence examinée ci-après.

Nous reviendrons sur la question de la durée de base de la superficie - 99 ans - dans un instant, à l'examen du régime de la prescription acquisitive -, car l'on peut se demander si cette durée n'est pas trop longue et s'il ne fallait pas rester dans le cadre de ses bases temporelles actuelles : une durée de 50 ans, renouvelable, sans minimum non plus ?

4) Article 3.181. Prescription acquisitive

281. Cet article prévoit en effet l'application de ce premier mode spécifique que constitue la prescription acquisitive²⁹⁵.

– cfr. p 339 :

²⁹³ Cfr. p. 339 et 340.

²⁹⁴ Avec en arrière-plan la très vaste question, dépassant l'objet de cette étude, de l'utilisation de la voie la moins imposée, qui doit être maintenue, mais qui connaît les tensions que l'on sait avec les dispositions fiscales contraires, dites « *anti – abus* ».

²⁹⁵ A son sujet, cfr. les explications données par l'exposé des motifs, document cité, p. 341 et s.

La durée de la superficie acquise ainsi sera de 99 ans « à moins qu'un acte juridique ne fixe une durée inférieure ». On peut se demander comment un tel acte se concilie avec une prescription acquisitive qui résulte d'une possession et n'implique pas l'existence d'un acte juridique en principe.

On arrive donc à la conclusion qu'une prescription acquisitive pourrait faire naître une superficie de 99 ans, or l'on sait que dans le livre 3, que : 1) les délais en matière de prescription acquisitive sont considérablement raccourcis (cfr. délai abrégé de 10 ans notamment : cfr. art. 3.27.) ; 2) et la prescription acquisitive en tant que mode originaire d'acquisition de la propriété, prime, sur le plan de la hiérarchie des preuves, sur le titre ou la convention, ce que nous paraît critiquable (cfr. art. 3.52.).

Cet article qui paraît sibyllin pourrait donc être lourd de conséquences pour les sujets de droit qui se verraient imposer sur leur fonds une telle superficie de 99 ans.

Ceci pose à nouveau la question de la durée de la superficie : 99 ans ? N'est-ce pas une durée excessivement longue, vu les lourdes conséquences du droit de superficie ?

5) Article 3.182. Superficie-conséquence

282. Cet article définit comme on l'a vu l'importante notion, issue de la pratique et des analyses doctrinales, notamment du professeur J. Hansenne, de **la superficie – conséquence**. La définition et la détermination du mode d'acquisition concerné, est la suivante : « *Le droit de superficie peut aussi s'acquérir comme la conséquence d'un droit²⁹⁶ conférant l'usage d'un immeuble avec pouvoir de réaliser des ouvrages plantations. Dans ce cas, le droit de superficie est soumis au régime juridique applicable au droit dont il découle* ».

Il est précisé que : « *Le droit de superficie - conséquence de la propriété des ouvrages et plantations en découlant, ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont il découle* ».

Ces règles sont convaincantes²⁹⁷ mais elles n'étaient en réalité pas indispensables dès lors que la Cour de cassation a reconnu la superficie accessoire par son arrêt du 12 juin 2014²⁹⁸, analysé *supra*.

283. On a vu *supra*, à l'examen de l'article 3.177. définissant la superficie, qu'il aurait été judicieux que cette disposition fasse référence aussi à la superficie accessoire ou – conséquence, **laquelle est notamment distincte d'une superficie découlant d'une renonciation à l'accession**.

Il aurait convenu d'ailleurs que cette dernière soit, *ou bien* prise en considération dans l'article 3.177., dans le cadre d'un mode général de constitution de ladite superficie, *ou* qu'elle soit visée par le biais d'une disposition particulière si l'on considérait que la renonciation à l'accession constitue un mode spécifique d'acquisition de la superficie. Ne pas avoir doté la renonciation à l'accession d'un statut précis, est une lacune du nouveau régime légale, surtout si l'on songe aux situations de renonciations tacite qui sont parfois dédits de ce qu'un propriétaire a reconnu à autrui un droit de construire sur son fonds. Les praticiens devront y faire très attention.

Cette lacune devrait être comblée.

Nous avons fait un raisonnement tendant à l'admettre sur la base du renversement de la présomption de l'article 3.64., par un acte juridique (cfr ; n° 39).

²⁹⁶ Pouvant être réel ou personnel. On a signalé *supra*, la modification judiciaire de la précédente version du texte par la suppression du qualificatif « *réel* ».

²⁹⁷ Au sujet de la reconnaissance du mécanisme et du nouveau régime, cfr. Exposé des motifs, p. 342 et s., et réf.

²⁹⁸ *Pas.*, 2014, I, p. 1493.

Ou bien alors, irait-on jusqu'à considérer que, dans le livre 3, la renonciation à l'accession n'est plus un mode constitutif de la superficie ? Nous ne le pensons pas.

Laissons cette importante question - hélas - ouverte, et nous devons regretter, par rapport au nouveau régime, qu'elle semble se poser.

6) Article 3.183. Droits sur le droit

284 Cet article prévoit que le superficiaire peut céder et hypothéquer son droit de superficie, en ajoutant qu'il ne peut céder ou hypothéquer les immeubles dont il est propriétaire qu'en cédant ou hypothéquant simultanément, partiellement ou totalement, le droit de superficie dont il est titulaire – règle de bon sens - ²⁹⁹.

Comme en matière d'emphytéose pour laquelle une règle similaire existe (cfr. art.3.171.), on peut se demander s'il est possible de déroger par convention à cette règle ? Une réponse positive pourrait être s'imposer mais un doute existe (nouvelle lacune de la loi ?).

L'article suivant porte sur les droits sur les volumes, à distinguer donc du droit de superficie.

7) Article 3.184. Droit sur les volumes

286. Cet article, déjà analysé *supra* vu son importance, prévoit que pendant la durée de son droit, le superficiaire « (...) *exerce sur son volume toutes les prérogatives de propriétaire, dans les limites des droits du constituant et sans porter atteinte aux autres droits existant sur le fonds. Il ne peut détruire les ouvrages et plantations qu'il était tenu de réaliser* ».

Il se confirme que le superficiaire a un droit principal sur le ou les volumes faisant l'objet de son droit de propriété. Il est renvoyé à cet égard aux observations faites sous l'article 3.177. et 3.179.. Cette disposition pose notamment à nouveau la question de la détermination exacte du volume en question. Comment y procéder en pratique ? A défaut de détermination ou ce de déterminabilité, le droit réel ne serait pas valable, en tout cas pas sur une base contractuelle.

La question essentielle du délai dans lequel le superficiaire est censé construire se pose également et aurait dû être réglée ici.

287. L'exposé des motifs apporte quelques précisions intéressantes, y compris de principe, comme suit : « *Il convient de réaffirmer l'étendue de principe des prérogatives du superficiaire, propriétaire du volume, et de son contenu, acquis en raison de la constitution de son droit. On soulignera que dans la version néerlandophone le mot « grond » est ici, dans ce titre sur la matière de la superficie, utilisé dans sa conception tridimensionnelle évoquée ci-avant de la propriété immobilière et non dans sens restrictif de sol* »³⁰⁰.

²⁹⁹ Au sujet de ce droit, cfr. exposé des motifs, p. 344.

³⁰⁰ Cfr. p. 345, Document cité.

On peut comprendre que « *grond* », soit différent de « *fonds* », - au sens strict³⁰¹ - **mais ici seulement semble préciser le législateur**. On doute aussi que le « *fonds / sol – grond* », même conçu en 3 dimensions, confère une propriété comprenant également un ou des volumes vers le haut. Seule la règle prévoyant que le propriétaire du fonds est propriétaire du dessus et du dessous peut avoir cet effet (cfr. art. 552, al. 1, - « *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* » - actuel, et art. 3.63. § 1^{er} du livre 3)³⁰².

288. En outre, les explications qui précèdent et la définition de la superficie qui est donnée à l'article 3.177., fait apparaître un problème conceptuel : le superficiaire semble avoir un droit de propriété sur un volume (et ce dans le cadre d'un droit d'usage ...), mais non pas sur le fonds, or ce dernier est censé « *comprendre* » des volumes³⁰³. Il s'agit semble-t-il d'une certaine incohérence déjà soulevée *supra* (cfr. n° 37 et s.).

8) Article 3.185. Obligations

289. Cet article fixe ensuite les obligations du superficiaire pendant la durée de son droit. Il est ainsi tenu de toutes les charges et impositions relatives aux volumes, ouvrages plantations dont il est propriétaire. On peut se demander s'il existe des charges ou impositions sur des volumes, au stade actuel d'évolution du droit, fiscal notamment.

Il est précisé d'autre part que le constituant du droit, le tréfoncier ou leurs ayants droits supportent les charges et impositions pour ce dont ils restent propriétaires.

290. Aucun délai n'est fixé concernant le superficiaire, en ce qui concerne l'exercice du droit de construire dans le cadre de ses volumes. Il s'agit, nous l'avons déjà dit, de ce que nous considérons comme une lacune importante de la loi.

Il sera donc sans doute conseillé aux parties d'aborder cette question par des clauses adéquates dans leurs nouveaux baux de superficie, le cas échéant.

291. L'alinéa suivant paraît plus important encore en prévoyant que : « *Chacun doit réaliser, relativement à sa propriété, les réparations d'entretien et les **grosses réparations au sens des articles 3.153. et 3.154.** dont il est tenu légalement ou contractuellement ainsi que celles qui seraient nécessaires pour l'exercice des autres droits d'usage existant sur le fonds* » (mis en évidence). Le début de l'alinéa renvoie donc, comme en matière d'emphytéose – cfr. *supra*, art. 3.173.-, aux dispositions applicables en matière d'usufruit.

292. Ici s'opère un renvoi à une nouvelle notion cardinale du livre 3 : celle de « *composante inhérente* » d'un bien, abordée aux articles 3.8. § 2 (principe d'unité), et 3.154, qui définit dorénavant, l'« u des 3 critères alternatifs des grosses réparations (bien connues dans l'usufruit : cfr. art. 605 et 606 du Code civil remarquablement éclairés par la jurisprudence de la Cour de cassation à nouveau³⁰⁴).

³⁰¹ En tant que sol. Ce qui aurait dû être précisé dès la justification de l'article 3.192..

³⁰² Attention toutefois au fait que les deux dispositions ne sont pas rédigées de la même façon, l'article 3.63. étant plus restrictif (cfr. citation *supra*).

³⁰³ En tout cas dans le texte français, cfr. *supra*.

³⁰⁴ Cfr. en particulier l'arrêt du 22 janvier 1970 (Pas., 1970, I, p. 428 et note F. D.), ayant remarquablement défini les grosses réparations comme étant « *les gros travaux de rétablissement et de reconstruction ayant pour objet la solidité générale et la conservation du*

Nous renvoyons aux autres études de cet ouvrage qui étudie certainement cette nouvelle notion, qui, en ce qui nous concerne nous paraît trop imprécise à la fois et rendue trop stricte dans ses conséquences, en raison du principe d'unité et de spécialité, à caractère impératif, énoncés par l'article 3.8., § 2, al. 2 prévoyants que : « **Nonobstant toute clause contraire et sauf si la loi en dispose autrement, un droit réel ne peut pas être établi isolément sur une composante inhérente d'un bien, un droit réel sur un bien s'étend de plein droit à ses composantes inhérentes et tout acte de disposition relative à un bien concerne de plein droit composantes inhérentes de celui-ci** » (mis en évidence).

Comment cette notion sera-t-elle appliquée en matière de superficie ? Nous nous contentons de poser la question au stade actuel. A elle seule, elle justifierait sans doute une étude transversale et plus globale.

La fin de l'article aurait pu également être plus précise : à quelle situation s'applique cet article obligeant le titulaire de droit concerné, à des réparations ou grosses réparations en rapport avec l'exercice d'autres droits d'usage ? Cette obligation pourrait même impliquer une obligation légale ou contractuelle pour autrui, dérogoire au droit commun. Il aurait convenu que l'article soit plus explicite à cet égard, en précisant par exemple « *droits d'usage tels que , la présente énumération n'étant pas exhaustive* », pour que l'on en comprenne la portée exacte (cfr. aussi remarque du même type sur la fin de l'article 3.173. en matière d'emphytéose).

9) Article 3.186. Généralités

293. Cet article énonce le principe suivant lequel le droit de superficie ne s'éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficiaire. D'une certaine façon, il déroge donc à la théorie de la caducité par disparition de l'objet, applicable en droit des obligations.

On peut se demander ce qui se passerait en cas de disparition du volume concerné, ou d'impossibilité d'utiliser celui-ci. Ne faudrait-il pas alors prévoir la disparition du droit ?

10) Article 3.187. Perte d'utilité

294. Cette disposition, trouvant au point de départ dans l'article 710*bis* du Code civil prévu en matière de servitude, lequel était conçu de façon nettement plus stricte (en exigeant notamment une perte de « **toute utilité** ») prévoit qu'« *En cas de droit de superficie « perpétuel » telle que visées à l'article 3.195., si le droit de superficie existe depuis 99 ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque que ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle* ».

295. Ne fallait-il pas prévoir que ce mécanisme s'applique de façon générale à tout type de superficie ?

Il aurait convenu de préciser, à l'instar de ce que prévoit l'article 710*bis* en matière de servitude, visant la partie qui peut saisir le juge, que c'est à la demande du constituant, du propriétaire du fonds, du tréfoncier ou de leurs ayants-cause (vu la longue durée du droit) que cette perte d'utilité peut être constatée par le juge.

« *Perte d'utilité future ou potentielle* » est par ailleurs quelque peu imprécis comme nous le constatons aussi en matière de mitoyenneté, de servitude et d'emphytéose, où la même règle existe; « *Perte de toute utilité* » eût été

bâtiment dans son ensemble, qui revêtent un caractère de réelle exception dans l'existence de la propriété et dont les frais requièrent normalement un prélèvement sur le capital ».

Pourquoi le livre 3 n'a-t-il pas repris cette remarquable définition au lieu de se contenter de dire, à l'article 3.154, que les grosses réparations « *sont celles qui portent sur la structure du bien ou de ses composantes inhérentes ou dont le coût excède manifestement les fruits du bien* », définition nettement moins précise que la définition jurisprudentielle et qui sera sans doute source de litiges.

davantage propice à la sécurité juridique. L'article 3.187. risque d'être, comme d'autres, un nid à procès. La règle est toutefois ici favorable au tréfoncier.

11) Article 3.188. Accession et indemnisation.

296. Cet article prévoit l'important mécanisme de **l'accession à la fin du droit ainsi que l'indemnisation** de droit commun liée, dans les termes suivants : « *A l'extinction du droit de superficie, la propriété du volume passe au constituant du droit 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 dans les limites de son droit. Jusqu'à indemnisation, le superficiaire a un droit de rétention sur le volume* ».

L'exposé des motifs prend comme point de référence des articles 6 et 7 de la loi sur la superficie, et de disposition du Code civil du Québec, qui a eu souvent grâce aux yeux du législateur dans le cadre du livre 3³⁰⁵.

297. Cet article appelle encore les observations suivantes :

- 1) à nouveau, on voit qu'il est prévu que c'est la propriété du volume qui passe au constituant ; est-ce pertinent ? Il est renvoyé aux observations faites au sujet du droit de superficie à cet égard – cfr. *supra* -;
- 2) il en est d'autant plus ainsi qu'une indemnisation est prévue, ce faisant, en rapport avec les ouvrages ou plantations concernés, et non portant sur le volume, ce qui se comprend d'ailleurs : comment indemniser le transfert d'un volume ?
- 3) **quant à la forme**, il aurait convenu de préciser, puisque c'est la terminologie généralement utilisée ailleurs par le livre 3, que c'est « *sur la base de l'interdiction (ou la prohibition) de l'enrichissement injustifié* », que l'indemnisation se ferait ; le texte semble être maladroitement rédigé à cet égard ;
- 4) comment en **droit de rétention** peut-il également porter, et s'exercer en pratique, sur un volume ?
- 5) **quant au fond**, le mécanisme d'indemnisation part d'une bonne intention : se référer **au mécanisme quasi-contractuel – principe général du droit -, qui implique l'indemnisation de l'enrichissement sans cause**, et renvoyer à une institution liée à à l'équité³⁰⁶, pour « *simplifier et uniformiser les solutions* », précise l'exposé des motifs³⁰⁷ mais le régime est en réalité nettement moins simple et précis que la règle actuelle impliquant que le superficiaire soit à indemniser sur la base de la « *valeur actuelle* » des constructions, plantations ou ouvrages, en fin de droit, au moment où l'accession se réalise (cfr. art. 6 de la loi de janvier 1824), bien connue en pratique ; prévoir en effet une indemnisation sur la base de l'enrichissement sans cause, risque d'impliquer que l'on doive déterminer, et ce si l'on applique l'enrichissement sans cause dans

³⁰⁵ Cfr. p. 349.

³⁰⁶ Pourtant quelque peu disqualifiée par les premières pages de l'exposé des motifs, qui lui préfèrent les « *mathématiques* » (sic) (voy. notamment la justification de l'article 3.11. sur la transformation), cfr. Document cité, p. 6 et s.

³⁰⁷ Cfr. Exposé des motifs, p. 350.

toute sa pureté, une comparaison entre le montant de l'appauvrissement - dans le chef du superficiaire - et celui de l'enrichissement - dans le chef du tréfoncier, et ne retenir, en équité, que le montant le plus faible des deux ; donc à nouveau, il en résultera une incertitude, une règle peu claire et à double détente, un risque d'insécurité juridique et un possible nid à procès, dans le cadre de périodes de très longues durées qui rendront encore plus difficiles les calculs d'indemnisation sur de telles bases³⁰⁸ ;

- 6) cette règle se retrouve également en matière d'emphytéose (cfr. art. 3.176. al. 2) (et ailleurs au demeurant) et aurait dû être évitée ; il sera sans doute conseillé aux parties de régler la question dans leurs baux de superficie par une règle simple et facile d'application (par exemple, recourant à la « valeur actuelle » en fin de droit, comme actuellement).

298. L'exposé des motifs donne encore une précision significative, qui est la suivante : « *En réponse au Conseil d'État, les rédacteurs précisent que s'il n'y a pas de construit ou planté, il n'y a pas eu de plus-value apportée au volume et donc pas d'enrichissement. On a ajouté « ou acquis » afin de couvrir l'hypothèse dans laquelle il y avait des ouvrages ou plantation existants* »³⁰⁹.

Ce passage est élogieux quant au fait qu'il pourrait avoir des situations de superficie n'ayant impliqué aucune construction pendant toute la durée du droit, et entre-temps, pendant 99 ans, voir de façon perpétuelle peut-être au pire³¹⁰, le fonds demeurera non valorisé ? Ce passage nous fait remettre le doigt à nouveau sur une lacune importante des nouvelles dispositions concernant la superficie.

299. L'article se termine en précisant que : « *En cas de transmission universelle, à titre universel ou de cession du droit du constituant, l'obligation d'indemnisation pèse sur l'ayant-cause* ».

Cette dernière règle est identique à celle prévue pour l'emphytéose à l'article 3.176. al. 3. et appelle la même observation que pour ce dernier, à savoir que si l'article semble prévoir une libération du cédant, ce mécanisme implicite, s'il existe, n'est pas conciliable avec le droit commun des obligations et des contrats, qui interdit la cession de dette contractuelle sans l'accord du créancier³¹¹. Il aurait convenu donc à nouveau que l'article soit plus précis à cet égard, en ajoutant par exemple que : « *en cas de cession à titre particulier du droit du constituant, par convention essentiellement, le cédant demeurera tenu avec le cessionnaire, sauf volonté contraire du constituant ou de ses ayant-cause* ».

Le droit commun des obligations devrait donc s'appliquer à cet égard³¹².

³⁰⁸ Cfr. *supra*, la même observation critique émise par M. B. Pirlet en matière d'emphytéose (voy. son étude, p. 365 et s.), où la règle est identique (cfr. art. 3.176., al. 2, dérogeant au régime actuel qui ne prévoit pas d'indemnisation en fin d'emphytéose – cfr. art. 8 de la loi du 10 janvier 1824 sur l'emphytéose -, sauf bien sûr volonté contraire des parties).

³⁰⁹ Cfr. exposé des motifs, p. 350.

³¹⁰ Sauf le délai trentenaire de prescription extinctive du droit, pour non-usage mais qui constitue un mécanisme insuffisant et source de discussions possibles (quid en cas d'usage très partiel, etc ...).

³¹¹ Comp. avec l'explication donnée par l'exposé des motifs, p. 350.

³¹² Comp. avec le nouvel article 3.6. sur le « *pouvoir de disposition* » et la question des

12) Autres règles

300. Une dernière observation au sujet du régime s'impose insistant sur le fait que d'autres dispositions générales du livre 3 s'appliqueront à la superficie. Il en va ainsi de certaines des importantes dispositions générales du Titre 1^{er} (art. 3.1. et s.), et à ce égard d mécanisme de la déchéance, se trouvant à l'article 3.16. 4^o, en cas d'abus manifeste de l'usage et de la jouissance du bien, soit parce qu'il cause des dommages aux biens, soit qu'il en diminue manifestement la valeur par un défaut d'entretien, susceptible de s'appliquer surtout à des comportements du superficiaire. Il est renvoyé à ce mécanisme généralisé à tous les droits d'usage alors qu'auparavant il n'existait qu'en matière d'usufruit – cfr. art. 617 – et d'emphytéose.

obligations personnelles (« *dues en contreparties de la constitution du droit et qui deviennent exigibles près la cession* » qui ne sont pas cédées, le cédant demeurant aussi tenu de celles qui sont exigibles avant la cession, ce qui va de soi.

Chapitre 7. La publicité foncière

Cfr. art. 3.30. à 3.34. commentés dans le cadre du cours *ex cathedra* (et comparaison avec l'ancienne loi hypothécaire).

*

**



ÉVALUATION
DES ENSEIGNEMENTS
PAR LES ÉTUDIANTS

ULB

ÉVALUATION DES ENSEIGNEMENTS

Dès le quadrimestre terminé,
évaluez vos enseignements

Pour :

- Donner une rétroaction à vos enseignants
- Proposer des améliorations
- Participer à l'évolution des enseignements
- Valoriser les activités d'enseignement

Une évaluation
à plusieurs dimensions

Portant sur :

- La conception de l'enseignement
- Le déroulement des séances
- L'évaluation des apprentissages (examen)
- La prestation des enseignants

VOTRE AVIS COMPTE !

→ <https://www.ulb.be/fr/qualite/l-evaluation-des-enseignements-par-les-etudiants>

L'évaluation institutionnelle des enseignements est organisée par l'ULB. Elle a lieu dès que les enseignements sont terminés. Elle se déroule en deux campagnes d'enquête en ligne après les sessions de janvier et de juin.

L'étudiant répond anonymement à un questionnaire pour chaque enseignement auquel il a participé. Chaque questionnaire est analysé et les résultats sont envoyés aux enseignants et à la commission pédagogique facultaire.

La participation de l'ensemble des étudiants et des enseignants est indispensable pour l'amélioration des programmes

Le label FSC : la garantie d'une gestion responsable des forêts

Les Presses Universitaires de Bruxelles s'engagent !

Les PUB impriment depuis de nombreuses années les syllabus sur du papier recyclé. Les différences de qualité constatées au niveau des papiers recyclés ont cependant poussé les PUB à se tourner vers un papier de meilleure qualité et surtout porteur du label FSC.

Sensibles aux objectifs du FSC et soucieuses d'adopter une démarche responsable, les PUB se sont conformé aux exigences du FSC et ont obtenu en avril 2010 la certification FSC (n° de certificat COC spécifique aux PUB : SCS-COC-005219-HA

Seule l'obtention de ce certificat autorise les PUB à utiliser le label FSC selon des règles strictes. Fortes de leur engagement en faveur de la gestion durable des forêts, les PUB souhaitent dorénavant imprimer tous les syllabus sur du papier certifié FSC. Le label FSC repris sur les syllabus vous en donnera la garantie.

Qu'est-ce que le FSC ?

FSC signifie "Forest Stewardship Council" ou "Conseil de bonne gestion forestière". Il s'agit d'une organisation internationale, non gouvernementale, à but non lucratif qui a pour mission de promouvoir dans le monde une gestion responsable et durable des forêts.

Se basant sur dix principes et critères généraux, le FSC veille à travers la certification des forêts au respect des exigences sociales, écologiques et économiques très poussées sur le plan de la gestion forestière.

Quelles garanties ?

Le système FSC repose également sur la traçabilité du produit depuis la forêt certifiée dont il est issu jusqu'au consommateur final. Cette traçabilité est assurée par le contrôle de chaque maillon de la chaîne de commercialisation/transformation du produit (Chaîne de Contrôle : Chain of Custody – COC). Dans le cas du papier et afin de garantir cette traçabilité, aussi bien le producteur de pâte à papier que le fabricant de papier, le grossiste et l'imprimeur doivent être contrôlés. Ces contrôles sont effectués par des organismes de certification indépendants.

Les 10 principes et critères du FSC

1. L'aménagement forestier doit respecter les lois nationales, les traités internationaux et les principes et critères du FSC.
2. La sécurité foncière et les droits d'usage à long terme sur les terres et les ressources forestières doivent être clairement définis, documentés et légalement établis.
3. Les droits légaux et coutumiers des peuples indigènes à la propriété, à l'usage et à la gestion de leurs territoires et de leurs ressources doivent être reconnus et respectés.
4. La gestion forestière doit maintenir ou améliorer le bien-être social et économique à long terme des travailleurs forestiers et des communautés locales.
5. La gestion forestière doit encourager l'utilisation efficace des multiples produits et services de la forêt pour en garantir la viabilité économique ainsi qu'une large variété de prestations environnementales et sociales.
6. Les fonctions écologiques et la diversité biologique de la forêt doivent être protégées.
7. Un plan d'aménagement doit être écrit et mis en œuvre. Il doit clairement indiquer les objectifs poursuivis et les moyens d'y parvenir.
8. Un suivi doit être effectué afin d'évaluer les impacts de la gestion forestière.
9. Les forêts à haute valeur pour la conservation doivent être maintenues (par ex : les forêts dont la richesse biologique est exceptionnelle ou qui présentent un intérêt culturel ou religieux important). La gestion de ces forêts doit toujours être fondée sur un principe de précaution.
10. Les plantations doivent compléter les forêts naturelles, mais ne peuvent pas les remplacer. Elles doivent réduire la pression exercée sur les forêts naturelles et promouvoir leur restauration et leur conservation. Les principes de 1 à 9 s'appliquent également aux plantations.



Le label FSC apposé sur des produits en papier ou en bois apporte la garantie que ceux-ci proviennent de forêts gérées selon les principes et critères FSC.

® FSC A.C. FSC-SECR-0045

FSC, le label du bois et du papier responsable

Plus d'informations ?

www.fsc.be

A la recherche de produits FSC ?

www.jecherchedufsc.be