La loi du 4 février 2020 réformant le droit des biens: le(s) lien(s) possible(s) avec le commerce et droit commercial

Nicolas Bernard[1]

1. La constatation judiciaire de la prescription acquisitive 430
2. L'acquisition de la propriété d'un meuble dont le vendeur n'était pas propriétaire 431
A. Dans l'ancien Code civil 431
B. Dans le nouveau Code civil 431
3. Les biens non appropriables (choses communes et biens du domaine public) 433
A. Choses communes 433
B. Biens du domaine public 433
4. La transcription 435
5. Le partage de la copropriété volontaire 436
A. Notions 436
B. Extinction 437
6. L'usufruit portant sur des biens particuliers 438
A. Usufruit portant sur des instruments financiers 438
B. Usufruit portant sur des créances 438
C. Usufruit portant sur une universalité 439
D. Usufruit portant sur des droits intellectuels 439
7. La durée du droit d'emphytéose 440
8. La propriété par volumes 442
Conclusions 444

RÉSUMÉ

Datant de 1804 pour l'essentiel (et peu retouché depuis), le Livre II de l'actuel Code civil, consacré au droit des biens, disparaîtra bientôt. La loi du 4 février 2020 lui substitue en effet un nouveau Livre 3, qui remanie en profondeur la matière. Les droits réels sortent, tous, transformés de la réforme. Celle-ci, pour autant, veille à respecter les équilibres généraux et l'architecture d'ensemble du précédent texte.

SAMENVATTING

Boek II van het huidige Burgerlijk Wetboek, dat gewijd is aan het goederenrecht en sinds 1804 in wezen niet is gewijzigd, zal binnenkort verdwijnen. De wet van 4 februari 2020 vervangt het door een nieuw Boek 3, dat het onderwerp grondig herziet. Alle zakelijke rechten komen getransformeerd uit de hervorming. Die hervorming draagt er niettemin zorg voor om de algemene evenwichten en opbouw van de vorige tekst te bewaren.

1. Le 4 février de cette année a été promulguée une loi « portant le Livre 3 'Les biens' du Code civil »[2], qui remodèle la matière du droit des biens[3]. Cette imposante législation prend place dans un mouvement lui-même général de refonte et de réorganisation du Code civil (lequel prendra d'ailleurs l'appellation « nouveau Code civil » à terme[4]); formant l'un des 9 futurs livres de celui-ci[5] (contre 3 à l'heure actuelle), le présent volet consacré aux biens vient compléter le Livre (8) afférent à la preuve, déjà passé[6].

1. Professeur à l'Université Saint-Louis, Bruxelles.
2. *M.B.*, 17 mars 2020.
3. Le tout, sous la férule avisée des professeurs P. Lecocq et V. Sagaert.
4. Et l'actuel devenant dès lors « l'ancien Code civil ».
5. Livre 1er: « Dispositions générales », Livre 2: « Les personnes, la famille et les relations patrimoniales des couples », Livre 3: « Les biens », Livre 4: « Les successions, donations et testaments », Livre 5: « Les obligations », Livre 6: « Les contrats spéciaux », Livre 7: « Les sûretés », Livre 8: « La preuve » et Livre 9: « La prescription ».
6. Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve » (*M.B.*, 14 mai 2019).

Les changements sont légion; leur importance est telle qu'il convient de s'y intéresser dès maintenant, malgré que l'entrée en vigueur de la législation ne soit programmée qu'au 1er septembre 2021[7]. Plutôt cependant que d'embrasser ici l'entièreté du texte nouveau (près de 200 articles!)[8], il a semblé plus opportun, dans le cadre restreint de cette contribution[9], d'isoler et de traiter les aspects de la réforme qui nous semblent présenter un lien plus ou moins étroit avec le commerce et le droit commercial. Sans aucune prétention à l'exhaustivité, sept éléments paraissent se dégager: la constatation judiciaire de la prescription acquisitive, l'acquisition de la propriété d'un meuble dont le vendeur n'était pas propriétaire, les biens non appropriables (choses communes et biens du domaine public[10]), la transcription, le partage de la copropriété volontaire, l'usufruit portant sur des biens particuliers (instruments financiers, créances, universalités et droits intellectuels), la durée du droit d'emphytéose et, enfin, la propriété dite par volumes. Au final, le tour d'horizon de la réforme pourra se targuer d'une certaine représentativité.

1. LA CONSTATATION JUDICIAIRE DE LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

2. Précédemment, le possesseur arrivé au bout du délai d'usucapion devait, pour acter officiellement son titre de propriété (ou de titulaire de droit réel), attendre que le *verus dominus* initial engage une action en revendication contre lui, pour s'y opposer (avec succès). Un accord (entre possesseur et propriétaire originel) était également possible, de même qu'une déclaration unilatérale émanant de ce dernier, mais convenons qu'ils restaient fort rares dans la pratique. En clair, la prescription acquisitive est un moyen de défense, et rien d'autre.

Problème: nombre de propriétaires dépossédés *s'abstiennent* d'entreprendre une telle démarche, ce qui plaçait alors le possesseur (devenu titulaire plein et entier du droit réel en question) dans une très inconfortable insécurité juridique. Ainsi, le régime « laissait en grand désarroi le possesseur d'un bien [face] à un *verus dominus* fantôme », explique une auteure[11].

3. Ce problème, dénoncé par les juges[12], a trouvé une solution dans le nouveau Code civil: « La prescription acquisitive est constatée par décision de justice, le possesseur étant *demandeur* ou défendeur […] »[13]; voilà donc le possesseur autorisé à agir lui-même devant les tribunaux pour faire reconnaître son droit réel. Au passage, le législateur en profite pour donner une consécration officielle aux deux autres modes de constatation de la prescription acquisitive: « l'accord » entre le possesseur et le titulaire dépossédé, ainsi que la « déclaration unilatérale » issue de ce dernier[14].

Quid cependant si le propriétaire n'est pas connu? Ou demeure introuvable? Voire si le bien n'en a pas? L'auteur du texte assure alors que le possesseur pourra diriger son action « contre l'Etat »[15]. Il est vrai que le législateur de 2020 a élargi l'acception des choses sans maître, celles-ci englobant désormais immeubles *et* meubles[16].

4. Il reste à articuler ces modes de constatation de la prescription acquisitive avec le régime général de la publicité foncière des droits réels immobiliers[17]. Aussi, la décision judiciaire d'une part ainsi que, de l'autre, l'accord et la déclaration (s'ils sont coulés en acte authentique) doivent être transcrits dans les registres du bureau compétent de l'administration générale de la documentation patrimoniale[18]; ce, pour autant naturellement que la possession portât sur un immeuble.

7. Art. 39 de la loi portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil.
8. Voy. pour ce faire P. LECOCQ (dir.), *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020, ainsi que N. BERNARD et V. DEFRAITEUR, « La réforme 2020 du droit des biens. La modernisation dans la continuité », *J.T.*, 2020, p. 413 à 420 (1ère partie) et 429 à 437 (2ème partie). Pour une présentation de la réforme avant son adoption définitive, voy. P. LECOCQ et V. SAGAERT, *La réforme du droit des biens. De hervorming van het goederenrecht. Le projet de la Commission de réforme du droit des biens. Het ontwerp van de Commissie tot hervorming van het goederenrecht*, Bruxelles, die Keure / la Charte, 2019, S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le Code civil », *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier*, sous la direction de B. HAVET, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 11 et s., ainsi que P. LECOCQ (dir.), *Biens, propriété et copropriété : controverses et réformes*, sous la coordination de P. LECOCQ, Limal, Anthemis, 2019.
9. Et dans le contexte précis de cette *revue* (de droit commercial).
10. Les choses communes ne sont cependant pas à confondre avec les biens du domaine public qui, s'ils échappent à l'appropriation privée, n'en possèdent pas moins un propriétaire public, alors que les choses communes ne sont détenues par personne.
11. S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le Code civil », *in* B. HAVET (dir.), *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier* , Bruxelles, Larcier, 2018, p. 27.
12. Not. J.P. Westerlo, 27 mai 2015, *R.W.*, 2016-2017, p. 513, note R. JANSEN.
13. Art. 3.26, al. 2, *in limine,* nouveau C. civ. (nous soulignons).
14. Art. 3.26, al. 2, première phrase, nouveau C. civ.
15. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 64.
16. Art. 3.43, al. 2, nouveau C. civ.
17. Tel qu'édicté par l'art. 3.30 du nouveau C. civ.
18. Art. 3.26, al. 2, seconde phrase, nouveau C. civ.

2. L'acquisition de la propriété d'un meuble dont le vendeur n'était pas propriétaire

A. Dans l'ancien Code civil

5. L'emblématique article 2279 de l'ancien Code civil énonçait une règle conçue expressément pour favoriser les échanges commerciaux. « En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient. » Traduction: celui qui achetait un meuble des mains d'un vendeur à qui celui-ci n'appartenait pas était malgré tout protégé après un certain laps de temps, fût-ce contre le vrai propriétaire. Il y allait de cette sécurité juridique essentielle à la confiance des parties; avec une telle épée de Damoclès sur la tête (restituer la chose que l'on a achetée dans l'ignorance du vice), personne ne se serait hasardé en effet à passer des transactions commerciales[19]. Ce délai ménagé au propriétaire dépossédé pour récupérer sa chose était de 3 ans si, en amont, le meuble avait été volé ou perdu; en dehors de ces deux cas de figure limitatifs, il était réduit à néant, en ce sens que l'acheteur devenait *instantanément* propriétaire du meuble, dès son entrée en possession. Malgré que le texte gardât le silence sur ces questions, on interprétait la disposition comme requérant dans le chef de l'acheteur la bonne foi[20] (c.-à-d. la croyance en la qualité de propriétaire du vendeur) aussi bien qu'une possession utile[21] (censée réunir dès lors les qualités de continuité, de publicité, d'absence de violence comme d'équivoque[22]).

6. Cette volonté de sécuriser le commerce était encore exacerbée dans l'article 2280 de l'ancien Code civil: « Si le possesseur actuel de la chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se le faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté. »[23]. Autrement dit, le propriétaire n'était admis à récupérer son bien qu'en versant, ici, un dédommagement à l'acheteur/possesseur. Le caractère professionnel du vendeur était censé consolider la confiance dont le gratifie l'acquéreur. Encore moins que dans un contexte amateur, l'intéressé aurait pu se douter de l'origine irrégulière du meuble mis en vente. Il faut compenser pécuniairement dès lors ses attentes légitimes déçues[24].

B. Dans le nouveau Code civil

7. « Celui qui acquiert, à titre onéreux, de bonne foi, d'une personne qui ne pouvait en disposer un droit réel sur un meuble devient titulaire de ce droit, dès son entrée en possession paisible et non-équivoque. », dispose le texte nouveau[25]. « Néanmoins, le titulaire d'un droit réel qui a perdu ou auquel a été volé un meuble peut le revendiquer contre le possesseur visé à l'alinéa 1er pendant un délai préfix de trois ans à compter du jour de la perte ou du vol; ce droit de revendication n'existe pas pour les instruments légaux de paiement »[26]. Analysons-le.

8. Plusieurs éléments de continuité sont visibles. Sont maintenus tout à la fois la possibilité d'une acquisition immédiate du droit réel mobilier (en dehors du vol ou de la perte), le droit de suite du propriétaire pendant 3 ans ainsi que le mode de calcul de ce délai (à partir dudit vol ou de la perte plutôt qu'à compter de l'entrée en possession, ce qui exclut toute idée de prescription acquisitive *sensu stricto*[27]). Dans le même registre, la phrase « ce droit de revendication n'existe pas pour les instruments légaux de paiement »[28] se substitue à « Ce droit de revendication n'est cependant pas applicable aux billets de la Banque nationale de Belgique et aux billets émis en vertu de la *loi du 12 juin 1930* lorsque leur possesseur est de bonne foi. »[29].

9. Au rayon des changements, notons d'abord, sur le plan formel essentiellement, que le cadre juridique d'application est rendu explicite ici, à savoir ici la triangulation propriétaire (dépossédé de son meuble) – vendeur (non pourvu du pouvoir de disposition) – possesseur. Dans la foulée, le caractère *a non domino* de la transaction ayant abouti à mettre la chose dans les mains du possesseur est clairement affirmé, puisque ce dernier a acquis « d'une personne qui ne pouvait en disposer » un droit réel sur un meuble[30]. « Il ne

19. Voy. sur la question B. DEMARSIN, « Verscheurd tussen koper en eigenaar – de kunst om de kloof in het goederenrecht te dichten », *T.P.R.*, 2019, pp. 493 et s.
20. Mons, 31 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1454, obs. A. SALVE.
21. Cass., 19 juin 2009, C.08.0183.N, *Pas.*, 2009, I, p. 1598.
22. *Cf.* l'art. 2229 de l'ancien C. civ.
23. Le marchand de « choses pareilles » s'entend de « celui dont l'activité principale et habituelle consiste en la vente de biens d'une même nature », comme le bijoutier, le concessionnaire automobile, etc. (S. BOUFFLETTE, « Quelques mots sur l'article 2280 du Code civil », *J.L.M.B.*, 2009, p. 1287).
24. Voy. sur la question V. SAGAERT, « Over de lotgevallen van een gestolen Breughel in het IPR-goederenrecht » (note sous Anvers, 3 décembre 2007), *R.W.*, 2008-2009, pp. 965 et s.
25. Art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ.
26. Art. 3.28, § 1er, al. 2, nouveau C. civ.
27. Laquelle suppose l'accomplissement d'un certain délai d'usucapion, alors qu'ici, l'individu qui achète le bien plus de 3 ans après le vol ou la perte en deviendra *directement* propriétaire, dès le moment de son entrée en possession.
28. Art. 3.28, § 1er, al. 2, *in fine*, nouveau C. civ.
29. Art. 2279, al. 3, ancien C. civ.
30. Art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ.

s'agit donc pas de cas d'incapacité, mais bien de cas où le cédant a excédé ses propres droits. », explique l'auteur du texte[31].

10. Ensuite, le nouveau Code civil lève l'ambiguïté sur le statut juridique du possesseur (véritable propriétaire[32] ou doté simplement d'une exception face à l'action en revendication du *verus dominus*[33]?). Dorénavant, on dit de lui qu'il « devient titulaire » du droit réel en question, officiellement[34]. Certes, ce principe n'est énoncé que pour l'acquisition *immédiate* du meuble[35]. On peine toutefois à imaginer que le législateur ait pu vouloir une solution autre pour le cas du vol ou de la perte (une fois expiré le délai de 3 ans). Du reste, le mot « acquisition » apparaît (indûment peut-être[36]) dans l'intitulé même de l'article 3.28 du nouveau Code civil[37], lequel gouverne aussi l'hypothèse du vol ou de la perte. En tout état de cause, rappelons que le possesseur a reçu le droit d'agir d'initiative en justice pour faire reconnaître sa titularité sur le droit réel[38].

11. Troisième modification: la nature nécessairement onéreuse de la transaction ayant mis la chose dans les mains du possesseur est dorénavant exigée. Pourquoi? Sans doute parce que si, *a contrario*, ce dernier l'a acquise par donation par exemple, la restitution du bien ne lui occasionnera aucun préjudice pécuniaire; il n'est dès lors pas à protéger.

C'est l'occasion cependant de pointer une différence de traitement, qui peut être vue comme interpellante. D'une part, le possesseur de bonne foi d'un meuble ayant *reçu* celui-ci (d'un auteur qui n'en était pas propriétaire) doit le prescrire par 10 ans[39], car il ne satisfait point aux conditions de l'acquisition mobilière de bonne foi[40]. De l'autre, *l'acheteur* d'un meuble du même type en devient, lui, le *verus dominus* [41] après 3 ans ou même instantanément[42].

12. Par ailleurs, la bonne foi est explicitement requise désormais[43], ce qui entérine l'évolution jurisprudentielle décrite plus haut[44].

13. Autre changement: le caractère paisible et non-équivoque de la possession est requis en termes exprès[45]. Il n'en va pas de même toutefois de la publicité ou de la continuité, ces qualités s'accommodant mal en effet de l'éventualité d'une acquisition *immédiate* du droit réel sur le meuble — lorsque, à la base, ce dernier n'a été ni volé ni perdu. L'escamotage de la publicité s'inscrit cependant (partiellement) à rebours d'une tendance jurisprudentielle[46]. En tout état de cause, « la discontinuité et la clandestinité pourraient tout de même garder une certaine incidence, non plus en tant que vices mais comme des indicateurs de la mauvaise foi du possesseur »[47].

14. Les modifications doivent également s'apprécier à l'aune de ce que l'on ne voit *plus*. A cet égard, il n'aura pas échappé que le législateur de 2020 n'a plus repris l'hypothèse particulière de l'achat *a non domino* du meuble dans une foire ou sur un marché; dit autrement, l'article 2280 de l'actuel Code civil n'a pas de successeur.

Il est vrai que l'obligation pesant sur le propriétaire de payer pour récupérer sa chose pouvait avoir quelque chose de choquant. Surtout, on ne peut plus raisonnablement soutenir aujourd'hui que les foires et marchés inspirent une confiance renforcée chez l'acheteur; c'est même l'inverse qui se produit, dirait-on[48]. Surabondamment, « l'existence du commerce électronique, le déclin du concept de commerçant, la lutte contre la surconsommation en favorisant l'économie circulaire, la rapidité et la facilité de la circulation des informations sont tous éléments permettant de faire disparaître la pertinence actuelle de cette règle »[49].

31. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 68.
32. Ou, plus exactement, titulaire du droit réel.
33. Car, contrairement à ce qui est précisé à propos du possesseur de bonne foi d'un immeuble (lequel « en prescrit la propriété », très explicitement), l'ancien art. 2279 se bornait à éteindre l'action en revendication du propriétaire.
34. Art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ.
35. Al. 1er du § 1er de l'art. 3.28 nouveau C. civ.
36. Car l'al. 2 du § 1er de l'art. 3.28 du nouveau C. civ. ne concerne *pas* l'acquisition *immédiate* du meuble, un droit de suite étant reconnu pendant 3 ans en effet au propriétaire dépossédé par vol ou perte.
37. « Acquisition immédiate de bonne foi en matière mobilière ».
38. Art. 3.26, al. 2, nouveau C. civ. Voy. *supra*, n° 3.
39. Par application du principe général posé désormais par l'art. 3.27, al. 1er, nouveau C. civ.
40. En cause: le caractère gratuit de la transaction ici (donation). Voy., par opposition, l'entame de l'art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ. (« Celui qui acquiert, à titre onéreux […] »).
41. Sur pied de l'art. 3.28, § 1er, al. 1er et 2, nouveau C. civ.
42. Suivant qu'il y a eu à la base vol ou perte, ou non, respectivement.
43. Art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ.
44. N° 5.
45. Art. 3.28, § 1er, al. 1er, nouveau C. civ.
46. Not. Cass., 19 juin 2009, C.08.0183.N, *Pas*., 2009, I, p. 1.598 et Civ. Bruxelles, 11 juillet 2018, *J.L.M.B*., 2018, p. 1812.
47. R. POPA, « Triptyque du droit de propriété: acquisition, preuve et publicité », *Biens, propriété et copropriété: controverses*, *in* P. LECOCQ, Limal, Anthemis, 2019, p. 46.
48. Cass., 16 décembre 2010, C.09.0538.F, *Pas*., I, 2010, p. 3258.
49. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 70.

3. LES BIENS NON APPROPRIABLES (CHOSES COMMUNES ET BIENS DU DOMAINE PUBLIC)

15. Il est certains biens qui, dans notre droit, sont soustraits à tout commerce juridique; pour cette raison, ils intéressent fortement le droit commercial (en creux en quelque sorte). On a là notamment les choses communes et les biens du domaine public. Tous deux sortent dépoussiérés de la réforme.

A. Choses communes

16. « Les choses communes ne peuvent être appropriées dans leur globalité. », énonce le nouveau Code civil. « Elles n'appartiennent à personne et sont utilisées dans l'intérêt général, y compris celui des générations futures. Leur usage est commun à tous et est réglé par des lois particulières. »[50]. Exemples: l'air, la mer, l'eau courante, la lumière. C'est parce qu'elles doivent profiter à tout le monde que ces choses ne sauraient faire l'objet d'une appropriation exclusive.

La filiation avec l'ancien Code civil[51] est patente, notamment la circonstance que ces choses n'appartiennent à personne (l'utilisation « dans l'intérêt général » remplaçant juste « l'usage […] commun à tous »). Ou encore l'évocation d'éventuelles lois particulières, qui auraient alors la prééminence (ce qui matérialise au passage la subsidiarité dont le nouveau Code civil est imprégné[52]).

17. Deux modifications font saillie toutefois. D'abord, c'est uniquement « dans leur globalité » que les choses communes « ne peuvent être appropriées »[53]; lue en creux, cette phrase ouvre la voie à une appropriation *partielle* desdites choses communes, ce qui ratifie une pratique dominante (eu égard à la large disponibilité de celles-ci)[54].

Encore doivent-elles être, ensuite, « utilisées dans l'intérêt général, *y compris celui des générations futures* », a-t-on ajouté[55], ce qui atteste d'une certaine audace. « L'article 714 connaît depuis quelques années un certain succès en raison des préoccupations écologiques et environnementales croissantes de la société actuelle. », explique Pascale Lecocq. « Il est en effet régulièrement invoqué par des plaideurs en quête de respect de leur milieu de vie. »[56]. Peut-être cependant le législateur fédéral aurait-il pu faire montre d'une plus grande témérité encore en conférant une première existence juridique à ce que l'on appelle les « biens communs »; cette notion à la fortune croissante[57] désigne, dans un contexte notamment de raréfaction des ressources disponibles, ces biens indispensables à la population dans son ensemble[58] et dont la gestion ne peut se décliner dès lors que sur le mode du collectif (histoire de soustraire ces choses proprement vitales aux logiques spéculatives et marchandes)[59].

B. Biens du domaine public

18. Sur les biens du domaine public, l'ancien Code civil se révélait fort peu théorique ou conceptuel. Il se contentait de dresser une longue liste de biens « considérés comme des dépendances du domaine public »[60]. En plus de manquer de rigueur quant à la sémantique mobilisée, ce catalogue – non exhaustif – englobait des biens qui ne relèvent assurément pas du domaine public, comme les biens vacants et sans maître ou encore les successions en déshérence[61].

C'est à la jurisprudence qu'on doit dès lors la dichotomie domaine privé-domaine public, et en particulier à la Cour de cassation pour qui « un bien appartient au domaine public lorsque, par une décision expresse ou implicite de l'autorité compétente, il est affecté à l'usage de tous, sans distinction de personnes »[62]. Cette notion d'affectation (à l'usage de tous) est importante, car, à défaut, un bien ne peut être considéré comme relevant du domaine public quand bien même il serait la propriété des pouvoirs publics[63].

19. Le nouveau Code civil, heureusement, s'est montré plus disert. « Les biens publics appartiennent au domaine privé, sauf s'ils sont affectés au domaine public. », expose

50. Art. 3.43, al. 1er, nouveau C. civ.
51. Art. 714 ancien C. civ.: « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »
52. Art. 3.2 nouveau C. civ.
53. Art. 3.43, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
54. Exemple: l'eau de source mise en bouteilles et commercialisée.
55. Art. 3.43, al. 1er, deuxième phrase, nouveau C. civ. (nous soulignons).
56. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 12.
57. Le prix Nobel d'économie est venu ainsi récompenser en 2009 Elinor Ostrom pour ses travaux sur ce thème.
58. L'eau, la terre, …
59. *Cf.* sur ce sujet, P. DARDOT et LAVAL, *Commun. Essai sur la révolution au XXIe siècle*, Paris, La Découverte, 2014; F. OST, D. MISONNE et M.-S. DE CLIPPELE, « Propriété et biens communs », *in* B. WINIGER (dir.), *La propriété et ses limites. Das Eigentum und seine Grenzen*, Stuttgart, Franz Steiner Verlag, 2017, pp. 131 et s., ainsi que N. BERNARD, « Le *community land trust* comme nouveau paradigme de l'habitat acquisitif (ou, les communs appliqués à la propriété du logement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n° 81, 2019, pp. 243 et s.
60. Art. 538 à 541.
61. Art. 539.
62. Cass., 20 avril 1978, *Pas*., 1978, I, p. 937.
63. Voy. de manière générale sur la question, A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimalisation du droit domanial,* Bruxelles, la Charte, 2013, pp. 319 et s.

ainsi le législateur de 2020[64]. « Les biens du domaine public ne sont pas susceptibles de prescription acquisitive par une autre personne privée ou publique et ne peuvent faire l'objet d'une accession en faveur de toute autre personne privée ou publique ou de tout autre mode originaire d'acquisition. Toutefois, 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. »[65].

20. L'idée antérieure de la domanialité publique est globalement conservée, notamment avec l'imprescriptibilité de tout bien relevant du domaine public[66] (ou encore son inaptitude à l'accession). Ceci étant posé, la présente disposition donne à voir plusieurs changements. Est instaurée tout d'abord une présomption générale – mais réfragable – d'appartenance d'un bien au domaine privé des pouvoirs publics (« Les biens publics appartiennent au domaine privé, sauf s'ils sont affectés au domaine public. »)[67]. C'est le régime inverse qui prévalait jusqu'alors, puisque le domaine privé ne jouissait que d'un statut résiduaire[68]. Ensuite, on a débarrassé la domanialité publique de l'énumération des biens relevant de cette catégorie[69]; la suppression est heureuse, tant cette liste péchait par son côté tout à la fois incorrect, parcellaire et désuet[70]. Par ailleurs, plutôt que de se perdre dans les méandres théorique relatives à l'essence même de la domanialité publique, le législateur a préféré approcher la notion par les *effets* qu'entraîne pareille qualification[71], ce qui traduit la posture « fonctionnelle » qui est la sienne[72]. Enfin, de la double circonstance que le domaine public porte officiellement sur des « biens » et que ceux-ci jouissent d'une définition large[73], il faut conclure[74] que la domanialité publique peut être associée autant à des choses corporelles qu'*incorporelles*[75] (et à des immeubles comme à des meubles).

On peut lire derrière ces modifications une volonté incidente d'élargir la notion de domaine public, ce qu'accrédite l'absence de toute précision quant au propriétaire de ces biens (lesquels ne doivent pas nécessairement dès alors appartenir à une personne publique). Il reste cependant à articuler cette disposition formulée de manière neutre avec l'article 1412*bis* du Code judiciaire, qui décrit les biens insaisissables en énumérant les personnes morales de droit public concernées.

21. Penchons-nous maintenant sur les effets de la domanialité publique. D'une part, au-delà de l'usucapion et de l'accession, on a élargi l'indisponibilité du bien à « tout autre mode originaire d'acquisition »[76]. Ces modes originaires apparaissent[77] au fil du Livre 3: il s'agit de la transformation[78], de la découverte d'une chose corporelle[79], de l'appropriation de biens immeubles sans maître[80] et de la clôture mitoyenne[81]. Dans tous ces cas[82], l'acquisition du droit réel sur le bien est gratuite (« et purgée de toute charge réelle ou personnelle le grevant antérieurement »[83]).

D'autre part, quant à son intensité, cette exigence principielle d'indisponibilité du domaine public recule (encore), dès lors qu'« il peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public » (mais uniquement « dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle »[84]). Soucieux de rendre « les possibilités de rentabiliser le domaine public plus flexibles »[85], les auteurs du texte intègrent judicieusement par là, en la généralisant à tous les droits réels d'usage et droits personnels, une évolution jurisprudentielle (relative au droit d'emphytéose[86] ou au

64. Art. 3.45, al. 1er, nouveau C. civ.
65. Art. 3.45, al. 2, nouveau C. civ.
66. Art. 2226 ancien C. civ.
67. Art. 3.45, al. 1er, nouveau C. civ.
68. N'émargeaient au domaine privé des pouvoirs publics que les biens (publics) ne répondant pas à la définition de la domanialité publique.
69. Art. 538 actuel C. civ.
70. Voy. *supra*, n° 18.
71. Voy. *infra*, n° 21.
72. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 6.
73. Art. 3.40 nouveau C. civ.
74. Avec N. GOFFLOT (collab. P. LECOCQ), « Les choses, les biens et leurs classifications: examen du projet de réforme du droit des biens à la lumière des controverses actuelles », *in* P. LECOCQ, *Biens, propriété et copropriété: controverses,* Limal, Anthemis, 2019, p. 27.
75. Sur notre Code civil, « tout entier pétri de corporalité » précédemment, voy. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 150 et s.
76. Art. 3.45, al. 2, première phrase, nouveau C. civ.
77. Ils sont renseignés par l'intitulé de leur article.
78. Art. 3.56 nouveau C. civ.
79. Art. 3.59 nouveau C. civ.
80. Art. 3.66 nouveau C. civ.
81. Art. 3.106 nouveau C. civ.
82. Auxquels il faut donc ajouter la prescription acquisitive et l'accession.
83. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 37.
84. Art. 3.45, al. 2, deuxième phrase, nouveau C. civ.
85. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 111.
86. Cass., 15 mars 2018, F.16.0141.N, *T. Gem*., 2019, p. 87, note S. DE WINTER. *Cf.* sur le thème, S. DE WINTER, « Openbaar domein: welke goederen, welke rechten? Over openbare diensten en precaire erfpachten » (note sous Cass., 15 mars 2018, F.16.0141.N), *T.B.O*., 2019, pp. 308 et s.

droit de superficie[87] p. ex.) aussi bien que législative (en matière de transports en commun[88] ou de partenariat public-privé[89] notamment[90]). La doctrine, du reste, y adhère[91].

Surabondamment, la formule générique « il peut exister » a pour effet « d'inclure une constitution par acte juridique mais également, le cas échéant, une acquisition par *prescription* de droits réels d'usage 'compatibles' »[92].

22. Enfin, un texte s'appréciant aussi en regard de ce qu'il ne contient *pas*, notons que le législateur s'est abstenu de trancher la question de savoir si l'affectation publique doit être rendue effective pour conserver au bien son appartenance au domaine public[93].

4. LA TRANSCRIPTION

23. Elle aussi, la transcription (anciennement dite hypothécaire[94]) intéresse au premier chef le droit commercial; c'est qu'en l'absence d'une telle formalité, la vente d'un immeuble est inopposable aux tiers, lesquels peuvent la tenir pour inexistante à leur endroit[95]. Quels changements ont été apportés par loi du 4 février 2020?

24. Le législateur a abrogé[96] notamment[97] les quatre premiers articles de la loi hypothécaire (logée au sein du Livre III de l'ancien Code civil[98]), pour les importer, légèrement amendés, au sein du Livre 3 du nouveau Code civil. Il est vrai que ces articles concernent directement les droits réels[99]; ils sont davantage à leur place, par conséquent, dans la partie du code expressément dévolue désormais au droit des biens.

25. Pour ce qui est actes soumis à transcription, sont désormais concernés les actes « constitutifs » (de droits réels immobiliers)[100]. On entend par là les actes qui *créent* un droit nouveau[101] (alors que, déjà mentionnés auparavant, les actes translatifs *transfèrent* un droit existant[102] et que les actes déclaratifs *reconnaissent* après coup un droit qui existait dès le départ[103]).

Lui aussi, le bornage est soumis dorénavant à transcription; on vise aussi bien le bornage amiable, à passer obligatoirement par acte authentique aujourd'hui[104], que judiciaire[105]. Certes indirecte[106], cette prise de position clôt une polémique[107] (le contraire étant encore soutenu récemment par la Cour de cassation[108]).

Il en va de même du pacte d'indivision, très explicitement cette fois[109]. Ce vocable désigne la convention conclue entre

87. Cass., 18 mai 2007, C.06.0086.N, *R.C.J.B.* , 2012, p. 466, note A. VANDEBURIE. Sur le sujet, voy. V. SAGAERT, « Opstal en openbaar domein: een doorbraak » (note sous Cass., 18 mai 2007, C.06.0086.N), *R.W.*, 2007-2008, pp. 737 et s.
88. Art. 16/1, § 7, al. 2, de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale (*M.B.*, 28 novembre 1990), inséré par l'ordonnance du 23 juin 2017 (*M.B.*, 18 juillet 2017).
89. Art. 10 du décret flamand du 18 juillet 2003 relatif au partenariat public-privé (*M.B.*, 19 septembre 2003).
90. Sur cette question, *cf.* entre autres S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, die Keure, 2007.
91. *Cf.* sur ce thème H. VUYE et A. VANDEBURIE, « Droits réels et personnels sur le domaine public: vers la fin des (in)certitudes … (?) », *R.G.D.C.*, 2010, pp. 114 et s.
92. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 112 (nous soulignons).
93. Voy., dans des sens opposés, Cass., 17 octobre 2014, C.13.0384.N, *A.P.T.*, 2015, p. 504, note A. VANDEBURIE et Civ. Mons, 28 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 1710.
94. Cet adjectif a disparu avec la reformulation du « bureau de la conservation des hypothèques » en « bureau compétent de l'administration générale de la documentation patrimoniale » (opérée par l'art. 12 de la loi du 11 juillet 2018 dans le cadre de l'intégration des bureaux d'hypothèque au sein de l'administration sécurité juridique de l'administration générale de la documentation patrimoniale du service public fédéral Finances et des nouvelles organisation et répartition des compétences au sein de l'administration de la sécurité juridique (*M.B.*, 20 juillet 2018)).
95. Liège, 17 mars 1995, *J.L.M.B.*, p. 1613.
96. Art. 29, 3°, loi du 4 février 2020.
97. Voy. égal. art. 29, 3°, loi du 4 février 2020.
98. Au titre XVIII.
99. Ils figurent d'ailleurs dans les « Dispositions préliminaires » de la loi hypothécaire, surmontées du titre « De la transmission des droits réels ».
100. Art. 3.30, § 1er, 1°, nouveau C. civ.
101. P. ex., le propriétaire (tréfoncier) qui constitue un droit de superficie.
102. Comme la vente (qui transfère la propriété) ou la cession par l'emphytéote de son droit d'emphytéose.
103. Le partage de la copropriété (fortuite), notamment.
104. Art. 3.61, § 3, nouveau C. civ.
105. Art. 3.61, § 4, nouveau C. civ.
106. Car le détour par la disposition spécifique sur le bornage s'est imposé (art. 3.61 nouveau C. civ.).
107. Retracée par R. POPA, « Triptyque du droit de propriété: acquisition, preuve et publicité », *in* P. LECOCQ (coord.), *Biens, propriété et copropriété: controverses*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 70 et s.
108. Le contraire était encore soutenu récemment par Cass., 24 avril 2017, C.16.0364.F, *T.B.O.*, 2018, p. 33 note A. VERSCHAVE (à propos il est vrai d'un bornage dit simple, non judiciaire et dénué de contestation de propriété).
109. Art. 3.30, § 1er, 4°, nouveau C. civ

copropriétaires qui décident de geler tout partage de la copropriété fortuite (pour 5 ans au plus)[110].

Pour le surplus, tombent à leur tour sous le coup de la transcription les actes constatant l'acquisition légale d'un droit réel immobilier[111] (« afin de protéger les tiers, mais également de permettre au propriétaire désigné de céder le droit réel immobilier »[112]), ainsi que les actes d'hérédité[113].

26. Un mot, maintenant, sur les effets de la transcription (ou, plutôt, du *défaut* de transcription). Là où l'actuel Code civil explique que les actes non transcrits[114] « ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté sans fraude »[115], le nouveau dispose qu'ils « ne sont pas opposables aux tiers de bonne foi qui disposent d'un droit concurrent sur le bien immobilier »[116]. La continuité, à nouveau, est globalement de mise.

Deux (légères) modifications émergent toutefois. D'abord, l'expression « sans fraude » a disparu, au profit de la notion de bonne foi. Le changement doit être relativisé néanmoins car l'expression « sans fraude » renvoyait manifestement déjà à cette idée de bonne foi[117]; mais le nouveau Code civil consacre officiellement cette interprétation. Relevons cependant que la bonne foi est à comprendre dans un sens différent de celui qui règne en matière de possession[118], puisqu'elle s'entend ici de l'ignorance de l'existence de l'acte non transcrit (au sens de *negotium*).

Ensuite, la précision suivant laquelle les tiers de bonne foi « disposent d'un droit concurrent sur le bien immobilier » fait son apparition, ce qui donne opportunément à voir les problèmes très concrets (et éminemment contentieux) que peut faire naître un défaut de transcription entre deux ou plusieurs personnes. « Sont notamment concernés un titulaire d'un droit réel en conflit, comme dans le cas d'une double vente, une hypothèque entrant en conflit avec une vente, une superficie avec une emphytéose, etc. », expliquent les instigateurs de la réforme. Cela « concerne également les créanciers en situation de concours, par exemple après une faillite, un règlement collectif de dettes, une liquidation ou une saisie »[119].

5. Le partage de la copropriété volontaire

A. Notions

27. Les promoteurs de la réforme de 2020 s'étaient engagés à « structurer et distinguer les diverses formes de copropriété »[120]. Dont acte: à côté de la copropriété fortuite et de la copropriété forcée, ils ont formalisé la notion de copropriété « volontaire »[121]. Le nouveau Code civil ne définit pas véritablement celle-ci, mais expose que « chaque forme de copropriété qui est créée volontairement est régie par le contrat[122]; on vise par là, entre autres exemples, l'achat d'un bien à plusieurs. En d'autres termes, le corps de règles applicable à ce type de copropriété est directement emprunté à la convention qui l'a créée.

28. Pour autant, le législateur n'a pas fait de la copropriété volontaire une catégorie complètement à part ou autonome. En effet, « sauf clause contraire et sous réserve de ce qui suit, les dispositions du Titre 4, Sous-titre 1er, s'appliquent »[123]. Regroupant les articles dévolus à la copropriété fortuite, ce sous-titre gouvernera donc la copropriété volontaire si les cocontractants n'ont rien prévu dans leur convention; il est, par suite, coiffé d'un « caractère résiduaire » (par rapport à la copropriété volontaire)[124]. Et que recouvre exactement ce « ce qui suit »? Il s'agit d'un seul article, relatif à l'extinction de la copropriété volontaire[125]. Etudions-le maintenant.

110. *Cf.* art. 3.75, al. 2, nouveau C. civ.
111. Art. 3.30, § 1er, 3°, nouveau C. civ.
112. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 74.
113. Art. 3.30, § 1er, 7°, nouveau C. civ.
114. Alors qu'ils devaient l'être.
115. Art. 1er, al. 1er, *in fine*, L. hyp.
116. Art. 3.30, § 2, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
117. Voy. not. Gand, 12 novembre 2009, *T. Not.*, 2010, p. 254 et Liège, 29 mars 2001, *J.L.M.B.*, 2001, p. 926 (somm.).
118. Art. 3.22 nouveau C. civ.
119. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 75.
120. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 169.
121. Intitulé du Sous-titre 2 du Titre 4 du nouveau Livre 3.
122. Art. 3.76, première phrase, nouveau C. civ.
123. Art. 3.76, seconde phrase, nouveau C. civ.
124. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 176.
125. Art. 3.77 nouveau C. civ.

B. Extinction[126]

29. Les concepteurs de la réforme du droit des biens s'étaient également fait forts de « remédier à un certain nombre de points problématiques en suspens, par exemple ceux qui résultent de la jurisprudence récente de la Cour de cassation concernant la cessation de la copropriété volontaire »[127]. Ici aussi, promesse a été tenue. Et, au passage, on a là le seul élément du « nouveau » régime de la copropriété qui présente quelque innovation par rapport à l'ancien; du reste, il est expressément précisé que « l'*article 3.75* [afférent au partage de la copropriété fortuite] n'est *pas* applicable à la copropriété volontaire »[128].

30. Jusqu'alors, une controverse régnait sur le point de savoir si la copropriété volontaire pouvait se résoudre par partage. Pour faire bref, la Cour de cassation a jugé en 2013[129] que l'article 815 de l'ancien Code civil ne trouvait *pas* à s'appliquer à la copropriété volontaire, dès lors que cette faculté contrevenait au principe de convention-loi consacré à l'article 1134 de l'ancien Code civil[130]. La jurisprudence a donc dû trouver des artifices pour, néanmoins, faire droit aux demandes de sortie d'indivision[131]; il est vrai de manière générale que pareil maintien des biens en copropriété peut se révéler « préjudiciable sur le plan économique »[132]. Le nouveau texte organise dès lors cette faculté de sortie d'indivision volontaire, en distinguant s'il s'agit d'une copropriété à durée déterminée ou à durée indéterminée[133].

31. Lorsque la copropriété est à durée déterminée, les parties restent liées par leur pacte d'indivision et ne peuvent en sortir de façon unilatérale (sauf clause contractuelle en ce sens[134]). Cette indivision sera opposable aux tiers, mais pour un maximum de 5 ans (aux fins d'« empêcher que les copropriétaires achètent des biens en indivision volontaire dans le but d'éviter que leurs créanciers personnels puissent saisir le bien »[135]) et, si elle porte sur un immeuble, moyennant transcription[136]. Ceci étant, rien n'empêche les cocontractants de renouveler leur accord au terme de celui-ci.

32. Par contre, lorsque la copropriété volontaire est à durée indéterminée, la faculté de sortie d'indivision, même si elle est exclue contractuellement, est offerte à chaque copropriétaire, moyennant « un délai raisonnable »[137]. Les auteurs du projet ont justifié cette faculté de sortie par « l'interdiction, en vertu du droit des obligations, de s'engager à perpétuité »[138].

A défaut d'accord sur le délai, celui-ci sera fixé par le juge qui devra, pour le déterminer, tenir compte de plusieurs critères, à savoir « les frais déjà exposés par les parties, la persistance du motif déterminant qui a incité les parties à créer la copropriété volontaire et l'inconvénient qui résulte de la résiliation pour l'autre copropriétaire »[139]; les travaux préparatoires insistent pour leur part sur les « circonstances économiques » et l'importance de la « protection du logement »[140]. En toute hypothèse, ce délai ne pourra être supérieur à 5 ans; le but est d'aligner ce délai maximal sur celui qui a cours pour l'indivision dans les copropriétés conventionnelles à durée déterminée[141].

126. Les n^os^ 30 à 32 ont été rédigés avec le précieux concours de Vincent Defraiteur.
127. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 169.
128. Art. 3.77, al. 1er, nouveau C. civ.
129. Cass., 20 septembre 2013, C.08.0018.F, *Arr. Cass.*, 2013, liv. 9, p. 1890; V. DEFRAITEUR, « La sortie d'indivision au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation », *Les copropriétés*, *Actualités jurisprudentielles et bilan de 5 années de pratique de la loi du 2 juin 2000*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 7 à 35.
130. Voy. J.-F. ROMAIN, « Copropriété et autonomie de la volonté: de la copropriété volontaire à titre principal et de l'application de l'article 815 du Code civil », *Les copropriétés*, Bruxelles, Bruylant, 1999, n° 35, p. 51.
131. *Cf.* E. JADOUL, « Copropriété: fondamentaux et questions controversées versus réforme du droit des biens », *in* P. LECOCQ (coord.), *Biens, propriété et copropriété: controverses*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 133 et s.
132. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 177.
133. Voy. sur le thème S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le Code civil », *in* B. HAVET (dir.), *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 52.
134. Art. 3.76 nouveau C. civ.
135. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 177.
136. Art. 3.77, al. 2, nouveau C. civ.
137. Art. 3.77, al. 3, nouveau C. civ.
138. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 176.
139. Art. 3.77, al. 4, nouveau C. civ.
140. « Si par exemple il est mis fin à une copropriété conventionnelle après un bref laps de temps, copropriété dans le cadre de laquelle de gros travaux d'investissement ont eu lieu, un plus long délai de préavis s'imposera. S'il s'agit, en revanche, d'une copropriété existant depuis longtemps déjà, dans le cadre de laquelle tous les investissements ont déjà été amortis, un préavis plus court sera indiqué. De même, le fait qu'il s'agisse d'un logement pourra être pris en considération par le juge dans un souci précisément de protection du logement et eu égard à l'existence d'éventuelles difficultés pour retrouver une habitation. » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 178).
141. Voy. *supra*, n° 31.

La même faculté est offerte aux créanciers d'un indivisaire[142]. « Sans cela, il s'ensuivrait, en effet, que l'achat d'un bien en copropriété avec, par exemple, une société ou un partenaire soustrairait ces biens aux recours des créanciers. »[143].

6. L'USUFRUIT PORTANT SUR DES BIENS PARTICULIERS

33. Les principes généraux de l'usufruit (caractère viager, cessibilité du droit, restitution de la chose, …) ont survécu à la réforme. Celle-ci, en revanche, innove en arrêtant une série de « dispositions spécifiques » pour certains « biens particuliers »[144].

A. Usufruit portant sur des instruments financiers

34. Que se passe-t-il par exemple lorsque l'usufruit porte spécifiquement sur des *actions*? Ou, en pratique, si l'on trouve de tels « instruments financiers » (plus largement) dans l'assiette de l'usufruit[145]? On le sait, ces instruments confèrent à leurs titulaires non seulement des droits d'ordre pécuniaire (droits aux bénéfices — dividendes — et au boni de liquidation notamment) mais aussi des droits dits politiques ou sociaux (participer aux assemblées générales et obtenir des informations sur la gestion de la société, entre autres).

Comment le nouveau Code civil se positionne-t-il face à cet usufruit particulier? Essentiellement en renvoyant au Code des sociétés et des associations[146]: « Si des droits attachés à la qualité d'associé sont liés aux instruments financiers, tel le droit de vote à l'assemblée générale, ceux-ci sont exercés conformément au Code des sociétés et des associations. »[147]. L'adjectif « tel » atteste du caractère indicatif de la mention dans cet article du droit de vote à l'assemblée générale; autrement dit, c'est un principe *général* de renvoi au Code des sociétés et des associations que le législateur de 2020 opère pour toutes ces questions.

35. Cette position de principe ne l'empêche cependant pas de fixer lui-même deux règles. D'abord, les dividendes qui sont distribués « sans affecter le capital » reviennent à l'usufruitier[148]. La chose excipe d'une incontestable logique: par leur caractère périodique et leur absence d'altération de la substance (le capital ici), les dividendes rappellent immanquablement les fruits[149]. L'usufruitier ne les fait siens, toutefois, que si la décision de l'assemblée générale qui les fixe tombe en cours d'usufruit, pas après[150].

Comment interpréter alors la disposition suivant laquelle (et c'est la seconde règle) « les produits exceptionnels qui sont inhérents à l'instrument financier, telle la prime accordée lors d'un rachat de ses propres actions, sont perçus par l'usufruitier »[151]? La nature exceptionnelle (et, subséquemment, non périodique) de ce bien ne devrait-elle pas ranger celui-ci dans l'escarcelle du nu-propriétaire plutôt? Oui, raison pour laquelle « ces produits font partie de son obligation de restitution à la fin de l'usufruit »[152]. En un mot, l'usufruitier « n'en devient […] pas propriétaire »; il ne fait que les « encaisser », ce qui participe de la « nécessité d'une gestion efficace de ces actions »[153].

B. Usufruit portant sur des créances

36. Si l'assiette de l'usufruit comporte une ou plusieurs créances[154], qui, de l'usufruitier ou du nu-propriétaire, est fondé à en réclamer le paiement? L'ancien Code civil se montrait laconique sur le thème, limitant son propos à la rente viagère (dont il attribuait les arrérages à l'usufruitier)[155]. Le nouveau Code civil tranche la question: « L'usufruitier peut demander amiablement ou en justice le

142. Art. 3.77, al. 3, nouveau C. civ.
143. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 178.
144. Suivant l'intitulé du Sous-titre 5 du Titre 6 du Livre 3 du nouveau Code civil. De manière générale, voy. sur cette question, V. SAGAERT, « Vruchtgebruik op bijzondere goederen », Section IV du Chapitre V du Titre II de *Goederenrecht*, dans *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, Malines, Kluwer, 2014.
145. La succession du défunt, en cas d'usufruit légal du conjoint survivant p. ex.
146. Nouveau nom du Code des sociétés (depuis le 1er mai 2019).
147. Art. 3.163, al. 1er, nouveau C. civ.
148. Art. 3.163, al. 2, nouveau C. civ.
149. Définis, pour rappel, comme suit: « Les fruits d'un bien sont ce que ce bien génère, périodiquement, sans altération de sa substance. » (art. 3.42, al. 1er, nouveau C. civ.).
150. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, pp. 304 et 305.
151. Art. 3.163, al. 3, première phrase, nouveau C. civ.
152. Art. 3.163, al. 3, seconde phrase, nouveau C. civ.
153. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 305.
154. Hypothèse que l'on retrouve assez fréquemment dans l'usufruit légal du conjoint survivant notamment, à nouveau.
155. Art. 588 ancien C. civ.: « L'usufruit d'une rente viagère donne aussi à l'usufruitier, pendant la durée de son usufruit, le droit d'en percevoir les arrérages, sans être tenu à aucune restitution. »

paiement des créances exigibles et recevoir ce paiement. »[156]. Il est vrai que réclamer une créance interrompt la prescription, ce qui relève des actes de conservation (que l'usufruitier est pleinement habilité à poser[157]). Partant, « le nu-propriétaire peut uniquement poursuivre le paiement de la créance ou en recevoir le paiement s'il a obtenu le consentement de l'usufruitier pour ce faire ou, à défaut, l'autorisation du tribunal »[158].

37. Un risque demeure toutefois pour le nu-propriétaire: que les montants obtenus par ce biais[159] soient « engloutis » dans les dépenses de consommation courante de ce dernier et, par voie de conséquence, ne puissent lui être restitués à l'extinction du droit. Aussi le nouveau Code civil impose-t-il à l'usufruitier qui « reçoit une somme » d'exercer son droit « conformément aux articles 3.148 et 3.162 »[160]. Ce dernier article a trait notamment à l'usufruit portant sur de l'argent; en substance, il assigne à l'usufruitier le devoir de « placer » celui-ci (ou de l'employer « dans l'intérêt des autres biens soumis à l'usufruit »), après avoir obtenu l'aval de son cocontractant[161]. Quant au premier de ces deux articles, il confère à l'usufruitier un pouvoir de disposition sur certains biens, moyennant restitution par équivalent à la fin du droit.

C. Usufruit portant sur une universalité

38. L'usufruit peut parfaitement avoir pour objet un « ensemble déterminé de biens » (c.-à-d. une universalité – de fait)[162]; tel est, du reste, le lot de l'usufruit légal du conjoint survivant, portant sur la succession du défunt[163]. Quel régime appliquer alors? L'usufruitier plus concrètement, autorisé de manière générale à utiliser ses prérogatives sur les éléments de cet ensemble[164], est-il fondé en sus à exercer un pouvoir sur *l'universalité* elle-même? Et, dans la mesure où il s'agit d'une entité abstraite, l'on songe essentiellement ici à un pouvoir de disposition juridique (davantage qu'à l'*usus* ou au *fructus*).

39. Laissée irrésolue sous l'empire de l'ancien Code civil, cette interrogation a trouvé une réponse aujourd'hui à travers le nouveau Code civil: « Lorsque l'usufruit porte sur un ensemble déterminé de biens, l'usufruitier peut disposer des différents biens qui composent cette universalité si cela correspond à la bonne administration de l'universalité et à condition que les biens qui leur sont substitués soient à nouveau affectés à l'universalité. »[165]. En creux, il faut comprendre que le législateur ferme la porte à l'éventualité d'une aliénation de l'universalité de fait[166], laquelle doit être « maintenue en nature »[167].

En revanche, les avoirs patrimoniaux composant l'universalité sont susceptibles non seulement d'usage et de jouissance mais aussi de vente, moyennant la double condition précitée (le respect de la « bonne administration de l'universalité » et l'affectation à cette dernière des biens se substituant à ceux qui ont été aliénés). La chose est même « souhaitable du point de vue de l'analyse économique du droit tant pour le nu-propriétaire que pour l'usufruitier », assurent les travaux préparatoires (à propos de l'exemple du portefeuille de titres); « si l'usufruitier devait ne pas pouvoir disposer des éléments constitutifs, les parties devraient assister impuissantes à la diminution de la valeur du portefeuille sans pouvoir y remédier. »[168].

D. Usufruit portant sur des droits intellectuels

40. Sur la question des droits intellectuels non plus, on s'en doute, le Code de 1804 ne s'était penché. Voici dès lors, à ce propos, le principe général dégagé en 2020: « L'usufruit portant sur une propriété intellectuelle confère à l'usufruitier le droit à l'exploitation normale de cette propriété. »[169]. On imagine, en l'absence de toute restriction de texte, que les deux dimensions traditionnelles de la propriété intellectuelle que sont la propriété industrielle d'une part et, de l'autre, la propriété littéraire et artistique sont également concernées; et, pour la même raison, la présente disposition doit être vue comme traitant des aspects aussi bien pécuniaires de la propriété intellectuelle que moraux (le droit à la reproduction de l'œuvre p. ex.)[170].

Une conséquence découle de ce principe: l'usufruitier est

156. Art. 3.164, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
157. En vertu de l'art. 3.144.
158. Art. 3.164, al. 1er, seconde phrase, nouveau C. civ.
159. Et sur lesquels l'usufruitier n'a que l'usufruit (et pas la pleine propriété); Monsieur de La Palice n'aurait pas dit mieux.
160. Art. 3.164, al. 2, nouveau C. civ.
161. Art. 3.162, al. 2, nouveau C. civ.
162. Art. 3.139 nouveau C. civ.
163. Art. 745*bis*, § 1er, al. 1er, ancien C. civ.
164. Sur pied de l'art. 3.138, al. 1er, nouveau C. civ.
165. Art. 3.165, al. 1er, nouveau C. civ.
166. C'est la raison pour laquelle ce cas de figure de l'usufruit portant sur une universalité ne figure pas *in se* dans l'art. 3.148 nouveau C. civ. consacré aux pouvoirs de disposition de l'usufruitier.
167. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 308.
168. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 308.
169. Art. 3.166, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
170. Voy. spécifiquement l'al. 3 du présent art. 3.166 nouveau C. civ.

autorisé à « conclure seul » tout contrat, pourvu que le paiement de la rémunération soit « étalé » sur la durée totale du contrat (à défaut de quoi, l'accord du nu-propriétaire est nécessaire)[171]. La raison en est sans doute que ce règlement fractionné peut être rapproché des fruits (dévolus à l'usufruitier par essence[172]), dont la périodicité représente en effet l'élément caractéristique[173].

41. Quel sort réserve-t-on, en fin d'usufruit, à ces contrats passés par le seul usufruitier? Ils restent en vigueur, « sauf le droit du nu-propriétaire d'y mettre fin moyennant un délai de préavis de 3 ans »[174]. Cette décision ne saurait cependant à notre estime être prise avant la fin de l'usufruit (3 ans avant p. ex., pour qu'il y ait une coïncidence dans les terminaisons), ne serait-ce que parce la date d'expiration d'un usufruit viager par exemple est par définition inconnue. Le délai de préavis ne commence dès lors à courir qu'après extinction de l'usufruit (et après décision formelle du nu-propriétaire de mettre fin aux contrats passés par l'usufruitier).

L'auteur du texte dit s'être inspiré sur ce point « du régime du bail »[175]; on suppose qu'il visait l'article 3.145, alinéa 2, du nouveau Code civil (arrêtant le régime applicable en fin d'usufruit aux droits d'usage à titre onéreux concédés par l'usufruitier sur le bien grevé), ce qu'accrédite la commune mention d'un délai de 3 ans. Cette filiation appelle toutefois la précision importante suivante: dans cette dernière disposition, le laps de temps en question (durant lequel les droits d'usage subsistent après l'extinction de l'usufruit) est un délai *maximal*, attendu que ces droits prendront fin plus tôt si telle était la durée contractuellement convenue. Ici, il s'agit d'un délai *fixe* par contre.

42. Quant aux droits spécifiquement moraux, enfin, ils doivent être exercés « de commun accord » par l'usufruitier et le nu-propriétaire (sauf s'ils appartiennent à une tierce personne)[176]. Se donne à voir ici une manifestation — particulièrement éloquente — de cet esprit de « coopération »[177] et de « collaboration »[178] que le législateur entend insuffler dans les relations entre ces deux cocontractants à propos du bien grevé (dont la conservation est de « l'intérêt commun » des intéressés[179]). Et si les parties échouent à s'accorder? La plus diligente d'entre elles saisira alors le juge[180].

7. LA DURÉE DU DROIT D'EMPHYTÉOSE

43. La durée a toujours constitué un élément particulier du droit d'emphytéose, à la fois parce que celui-ci est le seul droit réel à être doté d'une durée minimale (27 ans) et que l'article concerné était l'unique disposition impérative de la loi de 1824[181]. Qu'en est-il dans le nouveau Code civil? « Nonobstant toute clause contraire, la durée du droit d'emphytéose ne peut être inférieure à quinze ans ni supérieure à nonante-neuf ans. »[182].

44. Le plancher temporel n'a donc pas disparu avec la loi du 4 février 2020, mais a été réduit à 15 ans[183]. Ce, « nonobstant toute clause contraire »[184], signe de l'importance attachée par le législateur au maintien d'un seuil; du reste, tant que court ce délai de 15 ans, le droit ne saurait prendre fin « du seul fait de la volonté d'une des parties »[185].

Pourquoi ce raccourcissement? La durée de 27 ans a paru « trop longue pour certains montages immobiliers (p. ex. le leasing immobilier) »[186]. Incidemment, cet aménagement matérialise la double et louable volonté du législateur d'intensifier (en le simplifiant) le recours au droit d'emphytéose pour la promotion immobilière et de désenclaver cette prérogative du domaine agricole. Il n'en reste pas moins que la contraction très significative de la durée minimale de

171. Art. 3.166, al. 1er, deuxième et troisième phrases, nouveau C. civ.
172. Art. 3.146 nouveau C. civ.
173. Art. 3.42, al. 1er, nouveau C. civ.
174. Art. 3.166, al. 2, nouveau C. civ.
175. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 309.
176. Art. 3.166, al. 3, nouveau C. civ.
177. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 289.
178. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 309.
179. Art. 3.144, al. 1er, nouveau C. civ.
180. Art. 3.166, al. 3, *in fine*, nouveau C. civ.
181. Art. 2 et 17 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose.
182. Art. 3.169, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
183. Art. 3.169, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.
184. Art. 3.169, al. 1er, première phrase, *in limine*, nouveau C. civ.
185. Art. 3.174, al. 2, nouveau C. civ. « Il y a souvent un calcul économique (de rentabilité) en cas d'emphytéose, aucune partie ne peut unilatéralement rompre cet équilibre. », expliquent les travaux préparatoires. « Cela favorise aussi, le cas échéant, le crédit immobilier. » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 324).
186. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 316. Peut-être faut-il comprendre par là qu'à l'expiration du leasing est offerte l'option d'acquérir un droit d'emphytéose sur le bien.

l'emphytéose, conjuguée à l'octroi d'une possibilité de résiliation conventionnelle avant terme (seule la résiliation *unilatérale* étant interdite dans les 15 premières années)[187], aiguise encore le danger d'une requalification du contrat en bail – par les services du fisc par exemple.

45. La durée maximale (99 ans), elle, n'a pas changé, si ce n'est que toute idée de limitation dans le temps s'efface lorsque l'emphytéose est constituée[188] « à des fins de domanialité publique »; le droit est dit alors « perpétuel » (et le reste tant que se prolonge cette affectation à l'intérêt général)[189].

Cette emphytéose particulière peut par ailleurs connaître une fin elle-même spécifique: lorsqu'elle « a perdu toute utilité, même future ou potentielle »[190]. On cherche cependant à comprendre pourquoi cette issue, logique, ne peut advenir qu'à partir de la centième année (et pas avant), si de toute façon la perte d'utilité est avérée. Certes, « des raisons de sécurité juridique et de sauvegarde de crédit immobilier » peuvent être entendues[191], mais il n'est point besoin à notre estime d'attendre un siècle (au sens littéral) pour réagir. Au contraire, cette inertie de très long terme semble engendrer un autre type d'insécurité juridique.

46. A propos de durée toujours, le nouveau Code civil consacre *expressis verbis* la possibilité de prorogation du droit d'emphytéose pourvu que les durées additionnées n'excèdent pas 99 ans[192].

47. Lui aussi, le renouvellement est explicitement autorisé désormais (de l'accord exprès des parties), sans qu'une quelconque restriction de temps cumulé n'apparaisse ici[193]; à l'inverse de la prorogation (dont le seul effet est d'étirer la durée du contrat existant), le renouvellement constitue une *nouvelle* convention. Et faute d'un tel accord? L'emphytéose qui va au-delà du terme échu sera considérée comme une « simple tolérance, sujette à révocation à tout moment », préviennent les travaux préparatoires[194].

48. Est-on fondé à inférer de cette absence de restriction que la faculté de renouvellement vaut *ad libitum*? Oui, si toutefois le principe du renouvellement ne figure pas déjà dans l'acte constitutif de départ (auquel cas tout franchissement de la barrière des 99 ans est prohibé)[195]. Il est vrai cependant que la perspective de voir l'accession retrouver momentanément son empire entre deux contrats (conséquences fiscales et civiles à la clef[196]) risque de dissuader les parties de multiplier les renouvellements.

49. Ceci étant, il n'aurait pas été inutile pour le législateur à notre estime de profiter de l'occasion pour régler le sort de la clause dite novatoire, laquelle permet aux ayants cause à titre particulier ou universel de voir l'emphytéose initiale s'éteindre pour être remplacée par une nouvelle (flanquée d'un délai de 99 ans qui repart de zéro). En effet, la fortune de ce dispositif est aussi spectaculaire (tous les contrats passés par l'Université catholique de Louvain à Louvain-la-Neuve comportent cette disposition au profit des acheteurs et des héritiers[197] et le *Community land trust* de Bruxelles en fait un ample usage[198]) que sa légalité nous semble discutable (car on permet ainsi — et dès l'abord — la prolongation indéfinie de la scission du droit de propriété, ce qui tend à renouer avec les sujétions médiévales de très long terme).

50. Pour clore ce point sur l'emphytéose (et en s'éloignant du sujet de la durée), notons qu'elle est susceptible aujourd'hui de concerner des « volumes ». De fait, ce droit réel permet d'avoir une pleine jouissance d'un « immeuble par nature »[199]. Il s'en infère une conséquence loin d'être anodine: la définition très large donnée à ce bien fait que l'emphytéose peut porter aussi bien sur un sol que sur un sous-sol ou un sur-sol; le texte n'évoque-t-il pas les « volumes » composant l'immeuble par nature, « déterminés en trois dimensions »[200]? On détaillera plus loin, à l'occasion de l'étude du nouveau droit de superficie (terrain d'expression paradigmatique il est vrai des volumes), les implications pratiques de cette évolution[201].

---

187. Voy. de manière générale sur cette question, V. SAGAERT et M. SOMERS, « Erfpacht, ontbinding en faillissement: een complexe trilogie » (note sous Cass., 30 mars 2006), *T. Not*., 2008, pp. 78 et s.
188. Par le propriétaire de l'immeuble uniquement, aura-t-on remarqué ici (pas par le titulaire du droit réel d'usage).
189. Art. 3.169, al. 2, nouveau C. civ.
190. Art. 3.175 nouveau C. civ.
191. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 326.
192. Art. 3.169, al. 1er, deuxième phrase, nouveau C. civ.
193. Art. 3.169, al. 1er, troisième phrase, nouveau C. civ.
194. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 316.
195. « Si les parties sont liées *dès la conclusion du premier contrat*, la majorité de la doctrine estime qu'il ne peut y avoir renouvellement que pour autant que le délai total maximal de 99 ans soit respecté. » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 316 (nous soulignons)).
196. Voy. proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 317.
197. *Cf.* N. BERNARD, *Précis de droit des biens* , Limal, Anthemis, 2017, pp. 424 et s., ainsi que N. BERNARD, « A la base du développement raisonné de Louvain-la-Neuve: le droit d'emphytéose », *Louvain-la-Neuve à la croisée des chemins*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2020, pp. 209 et s.
198. Même si, là, c'est le droit de superficie qui est mobilisé.
199. Art. 3.167, al. 1er, *in fine*, nouveau C. civ.
200. Art. 3.47, al. 1er, nouveau C. civ.
201. Voy. *infra*, nos 50 et s.

8. LA PROPRIÉTÉ PAR VOLUMES

51. Lui aussi, le droit de superficie bénéfice du souffle réformateur de 2020. Sa définition, tout d'abord, intègre la propriété par « volumes »[202], qui incarne la nouvelle réalité « tridimensionnelle »[203] de la propriété voulue par le législateur (laquelle s'exprime également avec les immeubles par nature[204] et la clôture mitoyenne[205], sans parler de l'étendue verticale de la propriété foncière[206]). Autrement dit, le superficiaire est propriétaire non plus seulement d'un bâtiment érigé sur le fonds d'autrui, mais d'un volume situé au-dessus du sol, au sein duquel il peut réaliser ou acheter des ouvrages (pas nécessairement en contact direct avec le sol)[207].

Cette audacieuse évolution législative[208] emprunte incontestablement la bonne direction, tant les exigences de densification du territoire, alimentées par un essor démographique sans précédent et exacerbées encore par les contraintes environnementales[209] (ainsi que la raréfaction du foncier disponible), commandent aujourd'hui d'envisager autant que possible de construire en hauteur — en somme, de préférer la verticale à l'horizontale[210]; ce, sans compter l'importance prise ces dernières années par les partenariats public-privé (qui se prêtent adéquatement à ce genre de montages).

Loin d'être cosmétique ou purement lexicale, cette reconnaissance emporte au moins une conséquence très pratique. Par dérogation au régime général[211], « le droit de superficie ne s'éteint pas par le seul fait de la disparition des ouvrages ou plantations du superficiaire »[212], car ces derniers n'épuisent plus l'objet du droit de superficie (et le volume, par définition, « ne disparaît jamais »[213]).

52. Un triple élément de relativisation doit cependant être apporté. D'abord, on doit à la vérité de dire que ce mouvement avait été amorcé dès 2014, avec la réforme ayant permis la constitution d'un droit de superficie sur le *bâtiment* d'autrui[214] et, subséquemment, accordé à d'autres personnes (que le tréfoncier) le pouvoir de concéder un tel droit[215]; la présente loi parachève cette dynamique, notamment en clarifiant le cadre conceptuel. Ensuite, cette propriété par volumes n'est nullement éternelle. Déployée *à l'intérieur* du droit de superficie, elle connaît la même limitation dans le temps que ce droit[216]; à preuve ou à témoin, la propriété par volumes est sujette à prescription extinctive[217], à l'inverse de la propriété[218]. Ce parti pris est totalement assumé par le législateur[219]. Enfin, pour être complète, la loi du 4 février 2020 appelle sans doute des adaptations de la documentation patrimoniale (matrice cadastrale entre autres).

53. Ceci étant, pour méritoire soit-elle, cette modification législative semble s'inscrire quelque peu en retrait de la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Dans un arrêt du 6 septembre 2018[220], celle-ci a admis que la renonciation au droit d'accession (induite p. ex. par la vente en pleine propriété d'une partie de bâtiment sur le sol d'un autre[221]) n'engendre *pas nécessairement* un droit de superficie – ce qui, par voie de conséquence, exonère ladite propriété d'une

202. « Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations. » (art. 3.177 nouveau C. civ.).
203. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 331. *Cf.* aussi V. SAGAERT, « Volume-eigendom. Een verkenning van de verticale begrenzing van onroerende eigendom », *T.P.R.*, 2009, pp. 21 et s.
204. Art. 3.47 nouveau C. civ. *Cf.* aussi art. 3.63 nouveau C. civ.
205. Art. 3.103, al. 3, nouveau C. civ.
206. Art. 3.63, al. 1er, nouveau C. civ.
207. Voy. entre autres P.-Y. ERNEUX, « La propriété en volumes. Flexibilité et évolution des programmes immobiliers et par voie de conséquence, de leur organisation juridique », *J.T.*, 2014, pp. 85 et s.
208. Si l'on considère p. ex. Cass., 13 septembre 2013, C.12.0606.F, *R.C.J.B.*, 2014, p. 288, note J. PERILLEUX.
209. Construire compact et arrêter l'étalement urbain.
210. P. ex. pour construire un étage supplémentaire sur l'immeuble d'un autre (tout en maintenant la propriété dudit étage au constructeur), ou encore y placer des panneaux photovoltaïques.
211. Art. 3.15, 2°, nouveau C. civ.
212. Art. 3.186 nouveau C. civ.
213. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 348.
214. Et non plus nécessairement sur un terrain.
215. Art. 1er, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par la loi du 25 avril 2014 portant des dispositions diverses en matière de justice (*M.B.*, 14 mai 2014).
216. 99 ans maximum (art. 3.180, al. 1er, première phrase, nouveau C. civ.).
217. Art. 3.16, 2°, nouveau C. civ.
218. Art. 3.51, al. 2, nouveau C. civ.
219. « D'un point de vue conceptuel, un droit de superficie perpétuel exceptionnel a paru préférable à une propriété immobilière perpétuelle en volumes » et « les « volumes sont visés expressément dans la définition nouvelle proposée du droit de superficie et peuvent donc être – temporairement en principe, mais aussi, à certaines strictes conditions, de façon perpétuelle – dissociés du sol » (proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, pp. 338 et 117 respectivement).
220. Cass., 6 septembre 2018, C.17.2065.F, *T. Not.*, 2019, p. 117, note N. VAN DAMME. Sur cette décision, voy. not. V. SAGAERT, « Verzaking aan de natrekking: is de geest uit de fles? » (obs. sous Cass., 6 septembre 2018, C.17.2065.F), *R.W.*, 2019-2020, pp. 55 et s.
221. *In casu*, il s'agissait d'une donation d'appartements par des parents à leurs deux enfants, les sol et sous-sol étant toutefois placés en indivision entre eux quatre.

limitation dans le temps[222]. Peut-être est-ce pour cette raison que le nouveau Code civil lui-même a décidé d'écarter tout plafond temporel dans deux situations: la domanialité publique (comme pour l'emphytéose[223]) et, surtout, lorsqu'il y a lieu de « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène comportant plusieurs volumes susceptibles d'usage autonome et divers qui ne présentent entre eux aucune partie commune »[224]. L'avancée est considérable, assurément.

Le second de ces cas de figure invite au commentaire. D'abord, qu'est-ce qu'un ensemble immobilier « complexe et hétérogène »? Les auteurs du texte le décrivent comme suit: « La coexistence sur un même fonds d'au moins deux volumes comprenant des ouvrages et qui sont (1) destinés à des affectations diverses et, (2) susceptibles de gestion autonome. La situation en fait peut correspondre à des choses relativement simples comme un bâtiment résidentiel, une place publique ou un centre commercial en sursol, avec un parking souterrain en sous-sol, ou à des situations avec des constructions et ouvrages multiples sur ou sous dalle commune. »[225]. La généralité des termes employés, que ne parviennent pas à dissiper complètement de pourtant éloquents travaux préparatoires, augure cependant de certaines difficultés d'application et suscitera vraisemblablement des interprétations divergentes. Le sujet est d'autant plus sensible qu'on institue par là une dissociation « perpétuelle »[226] de la propriété du sol et du bâti, susceptible d'écorner la philosophie unitariste de ce droit fondamental; le Conseil d'Etat, d'ailleurs, ne s'y est pas trompé, qui évoque un « gel » de la propriété[227]. On attend dès lors les premières balises judiciaires avec un vif intérêt.

Ensuite, l'interdiction de toute partie commune sert à éviter l'application des dispositions relatives à la copropriété forcée; les parties n'auraient alors plus rien à dire, vu le caractère impératif qui coiffe celles-ci[228]. Cette absence de toute partie commune est-elle réaliste, toutefois, et ne s'avérera-t-elle pas paralysante? Elle « n'empêche pas », assurent les travaux préparatoires, « qu'existent une série d'équipements collectifs utilisés par les différents propriétaires superficiaires de volumes »[229]. Il reste que la nature même (impérative) des articles de loi sur la copropriété forcée fait qu'il est interdit de les contourner artificiellement. Peut-être n'est-il pas fortuit à cet égard que le législateur de 2020 ait institué une nouvelle servitude, par laquelle « le titulaire d'un droit réel d'usage d'un immeuble profite, en vertu de la loi, de toutes les servitudes nécessaires à l'exercice de son droit sur le fonds grevé dudit droit réel »[230]. Au final, la vigilance reste de mise quant à la mise en œuvre de cette (stimulante) disposition.

54. Superficie perpétuelle ne veut cependant pas dire durée infinie ou droit absolu, pour deux raisons. *Primo*, on sait qu'à l'instar de l'emphytéose et de l'usufruit, notamment, le droit de superficie est susceptible de s'éteindre par non-usage[231], dans l'hypothèse où l'éventuelle construction prévue par contrat n'aurait jamais été réalisée par exemple[232]; battant en brèche le principe d'unicité de la propriété (parce qu'elle confère la propriété du sol à l'un et celle du bâti à un autre), la superficie ne se justifie en effet que parce qu'elle vise à permettre au superficiaire d'ériger sur le fonds d'autrui des bâtiments (ou de les acheter s'ils sont préexistants) dont il devient alors le maître temporaire. Ce principe fera l'objet d'une surveillance plus étroite encore à propos du droit de superficie conclu spécifiquement en vue de permettre la division en volumes d'un pareil ensemble immobilier complexe et hétérogène, car la scission de propriété est ici « perpétuelle »[233], c'est-à-dire potentiellement éternelle. Aussi ce droit disparaîtra-t-il par prescription trentenaire « s'il n'est pas fait usage du volume concédé, en y conservant, reconstruisant ou réalisant des ouvrages ou plantations », expliquent les penseurs de la réforme[234], attendu qu'« utiliser la technique du droit de superficie avec sa caractéristique d'être destiné à l'acquisition ou la réalisation d'ouvrages (ou plantations) contraint à ce que ces volumes hétérogènes soient effectivement réalisés pour permettre ainsi la réalisation des autres volumes sur le fonds ainsi 'partagé'. A défaut de cette réalisation, on rappelle que le

222. Ce qui a fait d'ailleurs dire à un auteur que l'arrêt du 6 septembre 2018 « ringardise » cette modification législative — alors en projet (G. CARNOY, « Propriété en volume: un arrêt de principe », *Carnet de route en droit immobilier*, 2 janvier 2019).
223. Voy. *supra*, n° 45.
224. Art. 3.180, al. 2, 1° et 2°, nouveau C. civ.
225. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 339.
226. Suivant le mot du législateur lui-même (art. 3.180, al. 2, nouveau C. civ.).
227. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, 2018-2019, n° 54-3348/001, p. 509.
228. En vertu de l'art. 3.78, al. 3, nouveau C. civ.
229. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 339.
230. Art. 3.116, al. 2, nouveau C. civ.
231. Sur pied de l'art. 3.16, 2°, nouveau C. civ.
232. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, introduction générale, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 329.
233. Art. 3.180, al. 2, 2°, nouveau C. civ.
234. « Cela correspond donc à la fonction sociale de l'occupation des volumes et évite de rendre 'stériles' des volumes d'espaces. En d'autres mots, cela évite l'occupation de l'espace terrestre en le laissant vide, et ce à des fins purement égoïstes d'agrément ou spéculatives. » *Cf.* proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, pp. 338 et 339.

droit de superficie peut s'éteindre par prescription extinctive »[235].

Secundo, la superficie perpétuelle peut connaître une fin étrangère aux autres droits de superficie: la perte d'utilité (à décider par un juge)[236]. Puisant son origine dans un mode d'extinction des servitudes[237], cette notion a prospéré dans le nouveau Code civil[238], jusqu'à planer sur cette version particulière de la superficie. Ce pouvoir de suppression est d'autant plus étendu que l'utilité simplement *potentielle* (dont on s'aviserait qu'elle vient à manquer) peut aussi conduire le magistrat à imposer la dissolution[239].

55. L'instauration de la propriété perpétuelle par volumes, moyennant le respect des exigences précitées, répond à certaines critiques qui avaient accompagné la promulgation de la loi du 25 avril 2014. Celle-ci, pour rappel, avait autorisé que le droit de superficie s'établisse « sur, au-dessus ou en-dessous du fonds d'autrui »[240] et, partant, avait élargi le spectre des constituants (« tout titulaire d'un droit réel immobilier »)[241]. Pour le reste, rien n'avait changé toutefois. Conséquence: les constructions édifiées sur des bâtiments n'étaient la propriété de leur constructeur que durant 50 ans (au maximum). Dit autrement, cette législation mettait sous le boisseau l'idée d'une dissociation perpétuelle de la propriété par tranches horizontales; les différentes « couches » de constructions ne pouvaient qu'être régies par le droit de superficie.

Présentée comme une innovation décisive, la disposition en cause dissimulait en réalité un recul, pour d'aucuns, ou plutôt un refus — celui que le législateur opposait aux professionnels du secteur de l'immobilier (plaidant depuis un certain temps pour un droit de propriété plein et entier); pour édifier des étages ou tunnels (sur le bâtiment d'autrui ou sous son fonds), ces acteurs étaient contraints de recourir au système de la copropriété (dite par appartements), source d'inconfort[242]. Pas davantage ne veulent-ils se contenter d'un droit de propriété limité dans le temps (peu praticable il est vrai). Le législateur de 2014 était resté sourd aux demandes du terrain. On avait là pour des auteurs une véritable « occasion manquée »[243], qui fait « amèrement déplorer » à d'autres l'évolution ainsi entérinée[244].

56. A cette aune, force est de constater que la loi du 4 février 2020, avec son hypothèse particulière de superficie perpétuelle pour « permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène »[245], constitue une avancée pour les détracteurs d'alors, même si elle est enserrée dans certaines conditions.

Un danger demeure néanmoins: la généralité des termes employés, que ne parviennent pas à dissiper complètement de pourtant éloquents travaux préparatoires, augure de certaines difficultés d'application suscitera vraisemblablement des interprétations divergentes, sinon de l'insécurité juridique. Le point est d'autant plus sensible qu'on institue par là une dissociation « perpétuelle »[246] de la propriété du sol et du bâti, susceptible d'écorner la philosophie unitariste de ce droit fondamental. Le Conseil d'Etat, d'ailleurs, ne s'y est pas trompé, qui évoque un « gel » de la propriété[247]. La vigilance reste donc de mise quant à la mise en œuvre de cette disposition.

CONCLUSIONS

57. Que penser, au final, de la réforme du droit des biens? Déjà, sur le plan quantitatif, celle-ci constitue une entreprise de grande ampleur, puisque *tous* les articles du Livre II de l'ancien Code civil ont été remplacés (ou abrogés), sans compter certaines parties du Livre III. Quant au fond, ensuite, le législateur a eu la sagesse de ne pas vouloir révolutionner une matière qui se distinguait jusque là par une grande stabilité; l'architecture générale du système des droits réels est ainsi conservée. Pour autant, la loi du 4 février 2020 n'a rien de l'opération de pure cosmétique, ne

235. Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, commentaire des articles, *Doc. parl.*, 2019, n° 0173/001, p. 339.
236. « En cas de droit de superficie perpétuel […], si le droit de superficie existe depuis nonante-neuf ans au moins, le juge peut en ordonner la suppression lorsque ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle. » (art. 3.187 nouveau C. civ.).
237. Art. 710*bis* ancien C. civ.
238. Art. 3.128 (servitudes) et art. 3.83, *in fine* (copropriété forcée) nouveau C. civ.
239. Par contraste, l'absence de toute mention de l'utilité potentielle dans la disposition relative à la servitude (« 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. » (art. 3.128 nouveau C. civ.)) est susceptible d'incliner le juge au maintien de celle-ci s'il subsiste une utilité à l'état de latence.
240. Art. 1er, al. 1er, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, remplacé par l'art. 124 de la loi du 25 avril 2014.
241. Art. 1er, al. 2, de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, inséré par l'art. 124 de la loi du 25 avril 2014.
242. Dont l'exposé dépasse le cadre de la présente contribution.
243. Y. DELACROIX et N. VAN DAMME, « Le droit de superficie après la loi du 25 avril 2014 (seconde partie) », *J.T.*, 2015, p. 247.
244. G. CARNOY, « De la nouvelle loi sur la superficie à la théorie de la propriété en volumes », *Carnet de route en droit immobilier*, www.gillescarnoy.be, 21 août 2014.
245. Art. 3.180, al. 2, 2°, nouveau C. civ.
246. Suivant le mot du législateur lui-même (art. 3.180, al. 2, nouveau C. civ.).
247. Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, avis du Conseil d'Etat, *Doc. parl.*, 2018-2019, n° 54-3348/001, p. 509.

serait-ce que parce que des questions controversées ont été tranchées (comme le partage de la copropriété volontaire). Plus fondamentalement encore, des innovations véritables parsèment le nouveau Code civil, qu'il s'agisse de la propriété par volumes, de l'usufruit sur des biens particuliers, de la possibilité de concéder un droit personnel ou un réel droit d'usage sur un bien du domaine public, de l'action en reconnaissance de propriété pour le possesseur, de la consécration des choses communes, … Avec, en toile de fond de ces changements, un double fil rouge à chaque fois suivi: mettre le texte de loi en phase avec les enjeux contemporains et répondre aux préoccupations de la pratique. La modernisation dans la continuité, en somme.