

Chaire pour le droit continental à l'Université Keio
La propriété immobilière, son évolution et ses divisions

Par Pascale LECOCQ

Professeur ordinaire à L'université de Liège (ULg - Belgique)

Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles (ULB - Belgique)

Introduction

1. La Fondation pour le droit continental, le Japon, la propriété immobilière, son évolution et ses divisions, voici ce qui nous réunit aujourd'hui dans le cadre de la Chaire pour le droit continental à l'Université Keio ; or, la juxtaposition de ces trois éléments est particulièrement intéressante.

Au préalable, nous ferons deux remarques. Premièrement, afin de s'entendre sur les termes utilisés et encore que la division des systèmes juridiques existant de par le monde soit une question délicate et controversée, notamment parce que les critères de classification sont multiples ¹, nous définirons les pays de droit continental - que l'on oppose schématiquement et traditionnellement aux systèmes de *common law* - comme se caractérisant, de façon un peu stéréotypée certes, par des processus « *plaçant la loi, le plus souvent écrite, au centre du système* » ². Deuxièmement, le thème de nos conférences étant la propriété immobilière, matérielle, englobant sol, sous-sol, sur-sol, nous nous situerons ici dans un cadre corporel ; on nous permettra donc d'écarter la question, fondamentale, de l'objet possible de la propriété, la propriété permettant aux choses d'être des biens ³, question dont vous a parlé le professeur Périnet-

¹ Voy. R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains*, 11^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2002, spécialement n° 16 ; R. LEGAIS, *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, Paris, Litec, 2008, spécialement n°s 139 à 157.

² Voy. J.-M. BAÏSSUS, Fondation pour le droit continental, Lettre d'information n° 14 / Avril 2009.

³ Voy., en droit belge, pour une chronique de jurisprudence récente à propos de la notion de bien, A. SALVE, « La distinction des biens et la propriété immobilière. Chronique de jurisprudence 2001-2008 », in *Chronique de jurisprudence en droit des biens, sous la direction de Pascale LECOCQ*, Commission Université-Palais, volume

Marquet.

Fondation pour le droit continental, Japon et divisions de la propriété immobilière, un trio intéressant. Voyons.

2. Premièrement, chronologiquement aussi, Fondation pour le droit continental et propriété immobilière. Le système juridique de droit continental ayant principalement sa base dans le droit romain (lui-même centré au départ sur le droit privé), le droit de propriété individuel y a pris une place plus qu'importante, dans une optique probablement plus individualiste, en 1804 du moins ⁴, qu'en droit romain où il s'agissait alors davantage de saisir une réalité sociale, celle du partage des biens au sein d'un groupe ⁵. Dans l'ancien droit romain, la propriété quiritaire (*dominium*) se présente comme l'une des formes du pouvoir absolu dont est investi le *paterfamilias* sur les personnes et les biens familiaux. A cette époque, la propriété immobilière, le *dominium* ne peut porter que sur les fonds situés sur le territoire de la cité (ainsi que ceux des colonies (poste avancé militaire de Rome) et de certains municipes romains (ville alliée de Rome) ; le sol étranger n'acquiert pas, par la conquête, la qualité d'immeuble romain et ne peut donc faire l'objet d'un *dominium*. A l'époque post-classique et ensuite sous Justinien, le droit de propriété, unique à nouveau après s'être quelque peu diversifié dans le droit préclassique et classique, apparaît comme le résultat d'une évolution complexe du *dominium*, influencé par la propriété prétorienne et celle des fonds provinciaux. En définitive, la propriété immobilière a, certes, évolué et est désormais devenue un droit soumis à des

104, Liège, Anthemis, 2008, pp. 7 à 42 ; voy. aussi, sur cette notion de bien, F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2ème éd., Paris, P.U.F., 1997, spécialement n°s 1, 2, 89 et s.

⁴ La fonction sociale de la propriété a ensuite peu à peu ressurgi, consacrée parfois dans la Constitution même de certains pays, tels L'Allemagne (art. 14 Const.) ou l'Italie (art. 42 Const.) ; voy. sur cette fonction sociale, Camille JAUFFRET-SPINOSI, « La propriété en droit comparé », septembre 2009, disponible à l'adresse suivante http://www.facebook.com/note.php?note_id=134814487258.

⁵ Voy., sur cette position, M. VILLEY, "Notes sur le concept de propriété", in *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, pp. 187 et s., spécialement p. 198.

charges et des limitations dans l'intérêt public mais elle demeure, et c'est ce qui nous intéresse, une des bases du système de droit privé que reprendront à leur compte nombre de pays de droit continental.

3. Deuxièmement, Japon et Fondation pour le droit continental. Les pays de droit continental, tels que définis ci-dessus, sont généralement des systèmes juridiques où l'influence du droit romain a été importante, nous venons de le dire, et où s'est répandue la technique de la codification. Or, lors de la Restauration Meiji, on le sait, le Japon a adopté une série de Codes destinés à moderniser et à ouvrir, rapidement, leur système juridique ; le droit japonais a connu une certaine occidentalisation. Si le droit américain a largement influencé le droit public japonais après la seconde guerre mondiale, en revanche, en ce qui concerne le droit privé, l'influence du droit romain au travers du droit français et du droit allemand, avec le Code civil, promulgué en 1896 et entré en vigueur en 1898, permet de classer, *a priori* à tout le moins dans les textes, le droit privé japonais parmi les pays de droit continental ⁶.

4. Enfin, droit japonais et division de la propriété immobilière. S'il y a bien une matière du droit des biens dont l'évolution est susceptible d'interpeller le juriste japonais, c'est la difficile question des possibles dissociations de la propriété immobilière à l'heure actuelle. En effet, à lire les spécialistes de droit comparé, le droit japonais relève, en partie, de la famille de droit continental et s'est inspiré, plus largement, des droits occidentaux ; l'histoire du Japon apporte cependant sa touche plus spécifique, en ce que, certes aujourd'hui bien moins qu'hier, une place peut encore être occupée naturellement par la conciliation ou

⁶ Voy., sur ce constat, J.-Fr. GERKENS, *Droit privé comparé*, Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2007, spécialement, pp. 237 à 241 ; R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains*, op. cit., n°s 25, 460 et 461 ; M. FROMONT, *Grands systèmes de droit étrangers*, 3^{ème} éd., Paris, Dalloz, 1998, pp. 9 et 10.

la médiation. Or, comme nous allons le voir, dans le système belge, ou le système français, d'une part, la possibilité de diviser la propriété immobilière est parfois fort peu régie par le droit écrit ou très mal adaptée aux exigences contemporaines et, d'autre part, surtout, les éventuels conflits surgissant dans certaines situations de division de la propriété immobilière sont réglés très souvent en dehors des tribunaux, les protagonistes préférant, de loin, la transaction pour une raison toute prosaïque : l'insécurité juridique est parfois tellement importante et les enjeux financiers des montages immobiliers si élevés que mieux vaut souvent, en ces matières, un mauvais arrangement qu'un bon procès ⁷.

5. Nous nous proposons dans les lignes qui suivent de rappeler brièvement les fondements, le contenu et l'importance de la propriété immobilière telle qu'adoptée dans le Code civil de 1804 - et, dès lors, dans de nombreux pays qui firent du Code civil des français leur modèle ⁸ - et son évolution en général (**Section 1, première conférence**), pour ensuite envisager les défis contemporains de la propriété immobilière, spécialement en matière de division de la propriété, et la façon dont l'un ou l'autre pays de droit continental, en particulier la Belgique, entendent les relever (**Section 2, seconde conférence**).

⁷ Voy. pour ce constat d'insécurité juridique en droit belge, en matière de superficie et d'emphytéose, P. LECOQ, *Superficie et emphytéose : aspects civils*, Titre III, Livre 34, Guide juridique de l'entreprise, Traité théorique et pratique, Waterloo, Kluwer, 2007, spécialement n° 010.

⁸ Voy. sur l'influence du Code civil de 1804, M. GRIMALDI, « L'exportation du Code civil », disponible sur le site <http://www.revue-pouvoirs.fr/L-exportation-du-Code-civil.html> .

Section 1. La propriété immobilière du Code civil des français et son évolution générale

§1^{er}. La propriété immobilière du Code civil des français

A. Fondements et caractéristiques

6. La révolution française prend clairement le parti de l'abolition des droits féodaux et restaure la propriété une et unique, comme expression et garantie de la liberté et de l'égalité entre les hommes. Pour rappel et, encore que la controverse sur l'origine du droit de propriété, de droit naturel ou non, perdurait, la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 énonçait en son article 2 que les droits naturels et imprescriptibles de l'homme sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression et ajoutait à l'article 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ».

Quant au Code civil de 1804, il est totalement centré sur le droit de propriété : aux côtés d'un Livre premier consacré aux personnes et ne comptant qu'un peu plus de 500 articles (sur un total de 2281 dispositions), le Livre II s'intitule « *Des biens, et des différentes modifications de la propriété* » et le Livre III, nettement plus important que les deux autres, porte l'appellation « *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* ». L'article 544 du Code civil, sans plus faire référence au divin, consacre la propriété individuelle, libre et unifiée : « *La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». Se justifiant, fût-ce en le dépassant ⁹, du droit romain, on

⁹ Voy., sur cette importante question de l'identité, ou non, entre propriété du Code civil et propriété du droit romain, F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2ème éd., Paris, P.U.F., 1997, spécialement n° 112.

analyse la propriété comme un droit absolu, exclusif et perpétuel ; on pose toutefois immédiatement une limite : le propriétaire peut tout faire sauf ce qui serait prohibé par les lois et les règlements. On répète aussi à l'article 545 du Code civil l'idée contenue dans la Déclaration des droits de l'homme : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

Cette conception de la propriété par ses caractéristiques est reprise dans de nombreux Codes civils européens comme dans le Code civil des Pays-Bas de 1838¹⁰, celui de l'Italie en 1865¹¹, le Code civil du Bas-Canada de 1866¹² ou encore le Code civil italien, tel qu'institué en 1942, même si la propriété y est encore individuelle mais non plus individualiste¹³. La formulation traverse les frontières sans difficulté pour arriver jusqu'à l'article 206 du Code civil japonais de 1898 qui énonce : « *Le propriétaire a, sous réserve des restrictions apportées par les lois et règlements, le droit d'user, de jouir et de disposer librement de sa chose* ».

7. Elle est pareillement reprise en droit belge, puisque la Belgique, qui accède à l'indépendance en 1830, adopte comme sien le Code civil des français. Par ailleurs, en droit belge, et outre l'article 545 du Code civil abrogé seulement en

¹⁰ Voy., à l'époque, l'article 625 du Code : « *La propriété est le droit de disposer et de jouir d'une chose de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse point un usage prohibé par les lois ou par les règlements publics, émanés des autorités compétentes et dans la limite de leurs attributions constitutionnelles ; le tout sous réserve des droits des tiers et sans préjudice de l'expropriation d'utilité publique, moyennant une indemnité suffisante conformément à la Loi Fondamentale* ».

¹¹ Voy. à l'époque, l'article 436 du Code : « *La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse point un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ». L'article 438 dudit Code ajoutait : « *Nul ne peut être contraint de céder sa propriété ou de permettre que d'autres en fassent usage, si ce n'est pour cause d'utilité publique légalement reconnue et déclarée, et moyennant le paiement préalable d'une juste indemnité. Les règles relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique sont déterminées par des lois spéciales* ».

¹² Aux articles 406 et 407, reproduisant presque mot à mot les articles 544 et 545 du Code civil de 1804.

¹³ L'article 832 énonce : « *Le propriétaire a le droit de jouir et disposer des choses de manière complète et exclusive, dans les limites et dans le respect des obligations établies par le système juridique* », et l'article 834 du Code de 1942 répète l'article 438 du Code de 1865 (voy. *supra*)

1949, la Constitution du 7 février 1831 protège également la propriété privée acquise ; dans sa version actuelle, la Constitution belge énonce en effet en son article 16 : « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité* ».

Un premier constat. Ce système permet donc et se base sur la propriété, au sens de maîtrise totale, privée individuelle - et ce y compris dans le chef de personnes morales de droit public, s'agissant en tout cas des biens du domaine privé par opposition aux biens du domaine public au régime spécifique -, évidence dans les pays de droit continental mais non point universalité, comme en témoignent d'autres conceptions de la propriété immobilière tel le cas de l'Angleterre, où prévaut, en théorie et en principe, l'inexistence d'une propriété exclusive individuelle **sur la terre** même si le droit complet sur la terre est certainement individuel, celui des pays de l'est, à leur époque communiste, avec la notion de propriété socialiste ¹⁴, ou encore du Vietnam, de nos jours, où la terre est la propriété du peuple et relève de la gestion de l'Etat ¹⁵. Le système du Code civil français proclame donc la propriété privée exclusive et individuelle, mais il permet et la privation dans l'intérêt général moyennant indemnisation et l'existence de nombreuses restrictions légales au droit de propriété, permettant d'attribuer une fonction plus sociale à la propriété ¹⁶.

B. L'importance et l'étendue de la propriété immobilière

¹⁴ Voy. sur la notion de propriété socialiste, R. DAVID et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Précis. Les grands systèmes de droit contemporains, op. cit.*, n°s 17 ! à 182.

¹⁵ Voy., not., N. AUDIER, « Rapport vietnamien, Le droit foncier », in *La propriété, Travaux de l'Association Capitant*, t. LIII, Paris, Société de législation comparée, 2003, pp. 187 à 199, spécialement p. 187.

¹⁶ Des évolutions semblables ont pu être observées durant les différentes périodes du droit romain. Ainsi, quant au principe même de protection de la propriété acquise, si le droit romain classique ne connaît pas encore l'«*expropriation pour cause d'utilité publique*» même s'il arrivait que des propriétaires fussent contraints de vendre leurs terrains dans des circonstances exceptionnelles, l'expropriation pour cause d'utilité publique ou la réquisition, contre dédommagement, deviennent des procédés courants pendant la période post-classique, auxquels on recourt principalement pour l'exécution de travaux publics. Ainsi, encore, quant aux limitations du droit de propriété découlant des lois et règlements cette fois, à l'époque postclassique, les limitations à la construction deviennent de plus en plus nombreuses et variées jusqu'à aboutir à des législations détaillées sur l'urbanisme par exemple.

8. Si la propriété apparaît comme la pierre angulaire du Code civil et est conçue de manière unitaire, c'est en réalité surtout la propriété immobilière qui est considérée avec faveur. Le Code civil conserve, en effet, dans une grande mesure, la conception selon laquelle seuls les immeubles, au sens d'immeubles par nature (sol, bâtiments et plantations), sont source de richesses, et donc de pouvoir politique ; il attribue aux immeubles un régime souvent différencié, en fonction de ce seul jugement de valeur. Le Code énonce que tous les biens sont meubles ou immeubles à l'article 516 du Code civil, quitte à inclure certains biens, par une fiction de la loi, dans cette dernière catégorie afin de les faire bénéficier du régime favorable réservé, au départ, aux immeubles par nature.

9. Le législateur de 1804 consacre aussi de nombreuses dispositions à la délimitation de la propriété foncière et à son étendue ; il édicte des règles sur le bornage et la clôture et énonce toute une série d'obligations de voisinage. Il reprend l'affirmation de principe, issue du droit romain ¹⁷, selon laquelle « *la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous* » (art. 552 C. civ.), qu'il complète du mécanisme de l'accession (immobilière artificielle pour ce qui nous concerne) : tout ce qui s'unit et s'incorpore au sol, chose principale, appartient au propriétaire de celui-ci. Et le législateur de présumer que toutes les constructions ou plantations existant sur un terrain sont faites par le propriétaire du sol, à ses frais et lui appartenir (art. 553 C. civ.) ; la conception est pragmatique : qui voit le propriétaire d'un sol voit, sauf preuve contraire, le propriétaire du tout.

¹⁷ En notant que, si en droit romain classique, « (...) *la propriété d'un fonds de terre emporte en principe la libre disposition de la colonne d'air située au-dessus du fonds ainsi que la propriété du sous-sol, et donc des minéraux que ce sous-sol peut contenir* », en droit romain post-classique, « (...) *la propriété d'un fonds n'emporte plus nécessairement celle du sous-sol : à partir de la fin du IV^{ème} siècle, le droit d'exploiter une mine située en dessous d'une propriété privée peut être concédé à un tiers par l'autorité administrative, moyennant une redevance d'un dixième des produits de la mine à l'État et d'un autre dixième au propriétaire de la surface* » (Extraits de voy. R. VIGNERON, H. BORN et S. RIEPPI, Didacticiel de Droit romain, Syllabus, disponible à l'adresse <http://vinitor.egss.ulg.ac.be>).

On retrouve cette approche, avec des nuances parfois, dans différents codes civils européens ; ainsi, par exemple, l'article 350 du Code civil espagnol édicte que « *Le propriétaire d'un terrain est le maître de ce qui est au-dessus et de ce qui est au-dessous, il peut y faire les travaux, plantations, excavations qui lui conviennent, en respectant les servitudes, en se soumettant aux lois sur les mines et les eaux, et aux règlements de police* » ; l'article 951 du nouveau Code civil du Québec de 1994 dispose que « *La propriété du sol emporte celle du dessus et du dessous* » ; ainsi encore l'article 840 du Code civil italien de 1942 énonce que « *La propriété du sol s'étend au sous-sol, avec tout ce qu'il contient et le propriétaire peut faire toutes les excavations ou constructions qui ne causent pas de dommage au voisin. Cette disposition ne s'applique pas à ce qui fait l'objet de la loi sur les mines, grottes et tourbières. Sont également sauvées, les limitations dérivant des lois sur les antiquités et beaux-arts, sur les eaux, sur les constructions hydrauliques et des autres lois spéciales* », et l'article poursuit : « *Le propriétaire du sol ne peut pas s'opposer aux activités des tiers qui se font à une profondeur telle dans le sous-sol ou à une hauteur telle dans l'espace surplombant, qu'il n'ait pas d'intérêt à les empêcher* ». C'est que, outre le caractère social affirmé de la propriété, la situation en Italie est un peu particulière, imprégnée d'Histoire, d'Art et d'Architecture, ce qui justifie des dispositions exceptionnelles afin de conserver ce patrimoine universel. On mentionnera encore ici une règle particulière, celle de l'article 938 du Code civil italien prévoyant un cas d'accession dite inversée exceptionnelle : « *Si dans la construction d'un ouvrage l'on occupe de bonne foi une portion du fonds contigu, et que le propriétaire de celui-ci ne fait pas opposition dans les trois mois à compter du jour où la construction a commencé, les autorités judiciaires peuvent, compte tenu des circonstances, attribuer au constructeur la propriété de l'ouvrage et du sol occupé. Le constructeur est tenu de verser au propriétaire du sol le double de la valeur de la superficie occupée ainsi que les dommages et*

intérêts »¹⁸.

On insistera enfin tout spécialement sur la finale de l'article 553 du Code civil qui réserve expressément, sans toutefois se prononcer sur la nature exacte du droit, une possibilité de division de la propriété immobilière puisqu'elle précise que les présomptions énoncées ci-dessus sont édictées « (...) ; *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* ». Nous verrons tout le parti que la pratique a su tirer, en France, de cette possibilité.

10. En Belgique, dès 1830 la situation est la suivante : le Code civil est applicable certes, avec ses articles 552 et 553, mais la finale de cette dernière disposition permettant une dissociation de la propriété est quelque peu occultée par d'autres dispositions.

En effet, le droit civil belge des biens a conservé, aux côtés du Code civil des Français, quelques traces de sa réunion aux anciennes Provinces-Unies au début du 19^{ème} siècle¹⁹. En effet, en 1824, alors que le droit hollandais était gouverné par le Code civil des français depuis 1810²⁰, le législateur hollandais, auquel étaient alors soumises les provinces belges, a décidé de réinstaurer le droit de superficie et le droit d'emphytéose qui existaient dans l'ancien droit et

¹⁸ Voy. A. FUSARO, « Rapport italien. La propriété des sols dans la vie privée » in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Paris, *Société de législation comparée*, 2003, pp. 133 à 151, spécialement p. 135, note (8).

¹⁹ Voy., pour un peu d'histoire, A. WIJFFELS, « Les contrats dans le Code civil de 1830. Contribution à l'histoire de la réception du *Code civil des Français* en Belgique sous le régime du Royaume des Pays-Bas Unis », in *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, sous la direction scientifique de P. WERY, la charte, Bruxelles, 2004, pp. 21 à 59.

²⁰ On espérait que le premier code civil néerlandais entrerait en vigueur le 1 février 1831, ce qui n'eut finalement lieu qu'en 1838. En effet, vu la révolution des provinces belges, le projet a du être repris et postposé afin de modifier ou de retirer tous « *les articles qui avaient été insérés sur l'insistance des belges* » (voy. A. HEROGUEL, « Traductions françaises de texte de droit civil néerlandais », in *La Traduction juridique – Histoire, théorie(s) et pratique*, ASTTI, Berne & ETI, Genève, 2000).

connaissaient de nombreuses applications notamment dans la province de Frise. Il a donc adopté deux lois du 10 janvier 1824, l'une sur la superficie, l'autre sur l'emphytéose, que nous, belges, avons emportées en 1830 lors de la révolution et de la création de la Belgique.

Dans le cadre du présent exposé, c'est le droit de superficie qui retiendra plutôt notre attention. Il est défini, à l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824, comme suit : « *Le droit de superficie est un droit réel qui consiste à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur un fonds appartenant à autrui* ». Considéré comme une renonciation à l'accession de la part du propriétaire du sol, le droit de superficie doit donc être analysé comme un droit réel permettant de construire et planter sur un sol demeurant la propriété du tréfoncier (également propriétaire du sous-sol) et emportant comme conséquence un droit de propriété dans le chef du superficiaire sur les ouvrages, bâtiments ou plantations incorporés dans le sol d'autrui, donc immeubles par incorporation. C'est donc à une superposition de propriété que l'on aboutit, mais, le droit de superficie étant considéré comme un droit réel sur le fonds d'autrui, le législateur hollandais, puis belge, l'a conçu comme nécessairement temporaire : le droit de superficie ne peut excéder 50 ans, en vertu de l'article 4 de la loi auquel l'article 8 ne permet pas de déroger. Il convient qu'au bout d'un temps la propriété pleine entière, unique soit reconstituée dans le chef d'une même personne, par le mécanisme de l'accession, le tréfoncier devenant propriétaire de tout ce qui se trouve sur le fonds à la fin du droit de superficie (art. 6 et 7 de la loi du 10 janvier 1824).

§ 2. Evolution générale du droit de propriété en matière immobilière

A. Evolutions quant à la conception et au contenu du droit de propriété

11. Quant à la définition, dans les pays dits de droit continental, du droit de propriété, il faut constater que les versions plus récentes n'ont guère modifié la formule traditionnelle, sauf à mentionner peut-être le caractère exclusif du droit de propriété : ainsi, comme vous l'avez vu, le projet de refonte du Livre II du Code civil français énonce à l'article 534 du Code civil : « *La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent* » ; ainsi encore, le nouveau Code civil néerlandais de 1992 dispose à l'article 1^{er} du Livre 5 que « *1. La propriété est le droit le plus étendu qu'une personne puisse avoir sur une chose. 2. Le propriétaire a la liberté, à l'exclusion de tous, d'utiliser la chose, pourvu qu'cet usage ne soit pas contraire aux droits d'autres personnes et que soient respectées les restrictions découlant de la loi ou des règles non écrites* ».

12. Si les définitions restent le plus souvent sensiblement les mêmes, l'on sait que le nombre de restrictions imposées par les lois et règlements aux prérogatives du propriétaire ne cesse de croître afin de sauvegarder des intérêts considérés comme supérieurs, qu'il s'agisse de domanialité publique, d'urbanisme, d'environnement, ... Les oppositions traditionnelles entre droit privé et droit public sont, en partie, dépassées ; et le mouvement va dans les deux sens d'ailleurs. Ainsi, en droit belge, dans un arrêt du **18 mai 2007**²¹, la Cour de cassation semble mettre à mal le principe d'indisponibilité du domaine public, un des principes classiques pourtant de la domanialité publique, en

²¹ Voy. Cass., 18 mai 2007, *Revue du notariat belge*, 2007, p. 631, note D. LAGASSE, "Remise en cause par la Cour de cassation de l'indisponibilité du domaine public?".

décidant de casser l'arrêt qui dit pour droit, sans plus de précision, qu'un droit de superficie ne peut être exercé sur le domaine public. Notre Cour de cassation précise sa pensée en ajoutant qu'un bien constitue une dépendance du domaine public si, aux termes d'une décision explicite ou implicite des pouvoirs publics, il est destiné à l'usage de tous, sans distinction entre les personnes. Elle ajoute que si un bien constitue une dépendance du domaine public et est destiné à l'usage de tous, nul ne peut acquérir un droit privatif 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. Elle conclut toutefois que, dans la mesure où un droit privatif de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public.

13. Il n'y a pas que les exigences de l'intérêt général issues du droit administratif, et plus largement du droit public, qui peuvent limiter le contenu du droit de propriété. En matière immobilière en effet, le droit de propriété individuel limite le droit de propriété individuel car il ne peut être exercé ni dans l'intention de nuire à autrui (1^{er} principe), ni en causant à autrui un inconvénient excessif (2^{ème} principe) .

En droit belge, ces deux principes sont d'origine jurisprudentielle et le restent ²².

²² Tel n'est pas nécessairement le cas ailleurs. Ainsi, dans le Code civil du Québec, on peut lire, de façon générale, à l'article 7 que « Aucun droit ne peut être exercé en vue de nuire à autrui ou d'une manière excessive et déraisonnable, allant ainsi à l'encontre des exigences de la bonne foi », consacrant l'interdiction, d'une part, de l'usage malicieux du droit de propriété (abus de droit) mais aussi, d'autre part, l'interdiction de l'usage maladroit du droit de propriété (trouble de voisinage, détaillé à l'art. 976 : « Les voisins doivent accepter les inconvénients normaux du voisinage qui n'excèdent pas les limites de la tolérance qu'ils se doivent, suivant la nature ou la situation de leurs fonds, ou suivant les usages locaux ». En France, l'article 535 du projet de réforme du Code civil français énonce, consacrant légalement l'interdiction de l'abus de droit, que nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui et l'article 629 dispose que nul ne doit causer à autrui un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage. En Italie, encore, l'article 833 du Code civil dispose que « Le propriétaire ne peut pas accomplir d'actes qui n'ont d'autre but que de nuire ou de porter préjudice à autrui » (abus de droit) tandis que l'article 844 du même Code fait une application des troubles de voisinage en décidant que « Le propriétaire d'un fonds ne peut pas défendre les émanations de fumée ou de chaleur, les exhalaisons, les bruits, les secousses et d'autres propagations semblables provenant du fonds voisin, s'ils ne dépassent pas la limite de la tolérance normale, eu égard aux conditions des lieux ».

Le premier est consacré par la théorie de l'abus de droit, qui ne se limite d'ailleurs pas, en droit belge, à la condamnation de la seule intention de nuire : l'abus de droit peut résulter de l'exercice d'un droit d'une manière qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente²³; il est applicable en toutes matières et est fondé sur l'article 1382 du Code civil belge en matière extracontractuelle et 1134 du même Code en matière contractuelle.

Plus spécifique à la matière de la propriété immobilière est le second de ces principes, qui retiendra donc davantage notre attention. Il s'agit, en droit belge, de la théorie des troubles de voisinage, fondée sur deux arrêts jumeaux du 6 avril 1960 de notre Cour de cassation selon lesquels « (...) *le propriétaire d'un immeuble qui, par un fait non fautif, rompt l'équilibre entre propriétés foncières, en imposant à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage, lui doit une juste et adéquate compensation, rétablissant l'égalité rompue* »²⁴. Cette théorie est fondée, principalement, sur l'article 544 du Code civil : le droit de propriété est, certes, le droit absolu de faire tout sauf ce qui est interdit mais chaque propriétaire ayant ce droit égal à la jouissance de son bien, un équilibre doit être trouvé entre les propriétés et maintenu. Or, le champ d'application de la théorie des troubles de voisinage ne cesse de s'étendre, restreignant potentiellement par là le droit de propriété de chacun : est visée toute personne ayant la jouissance d'un immeuble et qui, certes par son fait positif, mais aussi par son comportement ou même une omission quelconque cause au voisin un inconvénient excessif²⁵. La formule est large et la Cour de cassation a tenté de la préciser en exigeant que le trouble soit

²³ Voy. Cass., 10 septembre 1971, disponible sur le site <http://jure.juridat.just.fgov.be>, à propos de l'empiètement sur la propriété d'autrui.

²⁴ Voy. Cass., 6 avril 1960, *Pasicrisie*, I, p. 915 et conclusions de M. l'avocat général P. MAHAUX, pareillement disponibles sur le site <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

²⁵ Voy. Cass., 7 décembre 1992, *Journal des tribunaux*, 1993, p. 473, obs. D. VAN GERVEN et disponible sur le site <http://jure.juridat.just.fgov.be>.

imputable à la personne assignée, c'est-à-dire trouve réellement, dans circonstances factuelles de la cause, son origine dans le fait, le comportement ou l'omission de celle-ci, ne suffisant pas à cet égard de démontrer que le trouble provient de l'immeuble dont elle a la jouissance ou la garde ²⁶.

14. Parallèlement à l'évolution dans le sens des restrictions décrite au numéro précédent, on constate, sorte de contrepoids, que le droit de propriété accède, durant le XXème siècle, au rang des droits de l'homme fondamentaux. En effet, le droit de propriété n'était pas initialement protégé par le système mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme du 14 novembre 1950, faute de trouver un accord entre Etats qui avaient des programmes internes de nationalisation des biens et Etats dont le droit assurait la protection de la propriété privée des individus ; le 1^{er} Protocole additionnel de 1952 ajouta toutefois la protection du droit de propriété parmi les droits fondamentaux de l'homme. Notons que le seul droit garanti est celui de jouir de biens que l'on possède déjà ; il n'y a aucune garantie du droit d'accéder à la propriété.

L'article 1^{er} du premier protocole énonce :

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi.

Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes ».

Rédigé au départ pour permettre aux Etats d'exproprier les biens privés,

²⁶ Voy. récemment, Cass., 3 avril 2009 et 25 juin 2009, disponibles sur le site précité, annotés par P. LECOCQ et S. BOUFFELTTE, *Revue générale de droit civil belge*, 2009 à paraître.

d'établir des impôts et des taxes et de réglementer la matière des biens en droit interne, l'interprétation de cet article a fortement évolué ; la Cour européenne des droits de l'homme en déduit aujourd'hui trois normes ²⁷. La norme I, alinéa 1^{er}, première phrase, permet en réalité de réprimer toutes les atteintes qui ne tombent pas expressément sous le coup de la norme II ou de la norme III. La norme I permet ainsi d'appréhender des mesures qui vont rendre le droit de propriété précaire en raison de l'incertitude permanente (de droit ou de fait) qui affecte la situation juridique des biens sur lesquels porte ce droit pourtant juridiquement intact (cfr arrêt Sporrang Lönnroth/Suède du **23 septembre 1982** dans le cas d'une expropriation avec un trop long délai d'exécution, faisant chuter la valeur des biens immobiliers). La norme I permet également d'attaquer les atteintes au droit de propriété qui résultent de l'inexécution d'une décision de justice (cfr arrêt Antonetto/Italie du **20 juillet 2000**, dans le cas d'un refus d'exécuter une décision du Conseil d'Etat annulant un permis de construire un immeuble privant la requérante de vue et de lumière)

La norme II visée à l'alinéa 1^{er}, deuxième phrase, de l'article 1 P1 CEDH réglemente les privations de propriété qui donnent droit à une indemnisation, tandis que la norme III englobée dans l'alinéa 2 de l'article 1 P1 CEDH vise notamment les confiscations et autres restrictions légales à l'usage des biens, et ce sans obligation d'indemnisation.

15. Si l'on peut se féliciter de cette consécration du droit de propriété en tant que droit de l'homme, il faut veiller à ne pas perdre de vue l'ensemble du système. Récemment, la Cour européenne des droits de l'homme a fait trembler le droit des biens sur ses fondations dans le cadre de l'affaire PYE contre Royaume-Uni. La première décision PYE du 15 novembre 2005 condamnait sur base de la

²⁷ Voy. pour plus de détails, G. ALBERTON, « Le droit de propriété dans la jurisprudence communautaire », in *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux*, Bruylant, 2000, pp. 339 à 398 ; R. ERGEC et A. SCHAUS, « La convention européenne des droits de l'homme. Examen de jurisprudence 1990-1994 », *Revue Critique de jurisprudence belge*, 1995, pp. 341 à 419 ; F. SUDRE, « Le "droit au respect de ses biens" au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, in *La protection du droit de propriété par la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, pp. 1 à 18.

norme II, privation de liberté sans indemnisation, le système anglais de prescription acquisitive. Les faits étaient les suivants : Les sociétés PYE se plaignaient devant la Cour de la perte de la propriété d'un terrain agricole de 23 hectares par le jeu de la prescription acquisitive. Comment cela s'était-il passé ? Les sociétés PYE avaient conclu une convention de pâturage, portant sur les terrains litigieux, avec M. et Mme GRAHAM. Cette convention avait pris fin le 31 décembre 1983, sans être reconduite. Les Graham étaient néanmoins restés dans les lieux, sans que les propriétaires ne les invitent à quitter le terrain ou à verser un loyer, et cette occupation avait duré 15 ans. Au bout des 15 ans, les Graham avaient fait jouer le mécanisme de la prescription acquisitive tel que conçu en Angleterre et se prétendaient donc devenus propriétaires. Les sociétés PYE, « véritables » propriétaires, avaient perdu leur procès devant les juridictions britanniques.

Elles posèrent alors la question à la Cour européenne des droits de l'homme si une disposition de droit interne qui met sur pied un système de prescription acquisitive d'un bien au profit du possesseur de ce bien après l'écoulement d'un certain laps de temps, porte une atteinte excessive aux droits du propriétaire dépossédé au regard de l'article 1 P1 de la CEDH ? Et la Cour en novembre 2005 leur donna raison, en se fondant notamment sur le fait que l'atteinte à la propriété n'était compensée par aucune indemnisation.

A la demande de l'Etat défendeur (le Royaume-Uni), l'affaire fut renvoyée devant la Grande Chambre qui décide, heureusement, le contraire. La Cour, par un tour de passe-passe, glisse en fait de la norme II à la norme III et considère que la prescription acquisitive n'a pas pour effet de priver une personne de son bien, mais de réglementer l'usage des biens. C'est une institution qui peut être justifiée par l'*intérêt général*, tout comme le délai de 12 ans prévu, à l'époque, par la *loi anglaise*. Elle précise que, le législateur national disposant d'une

grande latitude pour mener une politique économique et sociale, elle doit respecter la manière dont il conçoit les impératifs de l'utilité publique, sauf si son jugement se révèle manifestement dépourvu de base raisonnable. Elle conclut qu'en l'espèce, il existait un intérêt général justifiant à la fois le délai de prescription et l'extinction du droit de propriété au terme de ce délai, en ajoutant qu'il aurait suffi de peu de chose aux propriétaires pour interrompre la prescription, propriétaires qui avaient donc été négligents.

La prescription est donc sauvée mais *in extremis*, la grande chambre ne s'étant prononcée que 10 voix contre 7. La mise en cause d'une telle institution aurait entraîné d'évidentes difficultés dans bien des Etats membres du Conseil de l'Europe. Ces difficultés auraient, en outre, été particulièrement grandes dans les systèmes comme en Belgique où la publicité immobilière instituée pour les actes entre vifs translatifs ou déclaratifs de droits réels immobiliers ne vaut pas titre de propriété, n'est qu'une mesure d'opposabilité aux tiers (voy. art. 1^{er} de la Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, insérée dans le Code civil belge); la prescription acquisitive y joue dès lors un rôle fondamental qui permet de conforter l'acquisition de la propriété par acte et de la consolider par l'effet du temps qui passe.

B. Evolutions quant à la notion de biens en matière immobilière

16. La notion de « *bien* », au sens de l'article premier du Premier Protocole additionnel a une portée autonome qui est indépendante par rapport aux qualifications formelles du droit interne des Etats membres du Conseil de l'Europe. Le bien, c'est l'intérêt substantiel protégé par l'article 1^{er} et cela comprend les biens corporels mais aussi d'autres droits et intérêts constituant des actifs, bref toute valeur patrimoniale, telle une clientèle, une licence d'exploitation d'un débit de boissons, une autorisation d'ouverture d'une pharmacie, ... La Cour va jusqu'à admettre que soient protégées, au titre de bien, des créances virtuelles ou encore incertaines si du moins l'intéressé a une **espérance légitime** de les voir se concrétiser.

D'autres professeurs ont été chargés d'exposer l'évolution de la notion de bien et, notamment, de présenter toutes les propriétés incorporelles admises de nos jours. Pour notre propos, nous observerons que l'importance de l'immeuble demeure, comme l'illustre le nombre d'arrêts de la CEDH rendus en matière immobilière. Ainsi, c'est précisément en matière immobilière que la Cour a développé pour la première fois le concept d'espérance légitime, dans l'**affaire Pine Valley c/ Irlande, en 1991** : une société avait acheté un domaine se fondant sur un certificat d'urbanisme positif ; la cour estime que l'annulation ultérieure du certificat avait porté atteinte à son droit au respect des biens ; ici l'espérance légitime résulte de la circonstance que le requérant se fonde de façon raisonnablement justifiée sur un acte juridique ayant une base juridique solide. Donc, on constate que, au-delà du droit de propriété, c'est le « bien » concernant un immeuble qui est protégé et cet appel à l'autonomie de la notion de biens a d'ailleurs fréquemment lieu lorsque l'existence d'un droit de propriété sur un bien corporel n'a pas pu être établie. Ainsi, dans l'arrêt **Dogan c/ Turquie, du 29 juin 2004**, on peut lire que la notion de biens résultant de l'article 1^{er} du

premier Protocole additionnel doit être interprétée de façon autonome et qu'un bien ne nécessite pas un titre de propriété officiel, à propos des ressources économiques et des revenus tirés d'habitations dont les requérants avaient été expulsés ; dans l'affaire **Oneryildiz c/ Turquie du 30 novembre 2004**, la Cour admet encore que l'habitation, un taudis en fait (construite par le requérant dans un bidonville de la banlieue d'Istanbul, à proximité d'une décharge publique et ensevelie sous des tonnes d'immondices à la suite d'une explosion de méthane, tuant par là neuf proches du requérant) et le **fait** pour lui d'y demeurer avec ses proches représentent un intérêt économique substantiel, constituant un bien au sens de l'article 1^{er}.

Comme on l'a écrit, « *Le sol constitue le champ de bataille historique de toutes les grandes joutes du droit de propriété (...)* ; encore aujourd'hui, la plupart des grands débats sur le droit de propriété concernent l'immeuble et le sol »²⁸. En outre, en termes quantitatifs, dans nos sociétés occidentales, l'immeuble reste la base du patrimoine des individus, source de richesses incontestables. En Belgique, l'utilisation la plus courante du prêt est celle du prêt hypothécaire afin de financer, sur une vingtaine d'années en général, l'habitation du ménage.

²⁸ Voy. H. PERINET-MARQUET, « Rapport français. La propriété des sols » in *La propriété*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées vietnamiennes, Tome LIII, Paris, *Société de législation comparée*, 2003, pp. 119 à 132, spécialement p. 119.

Section 2. Une évolution spécifique de la propriété immobilière : les défis contemporains en matière de division de l'immeuble

Introduction

17. En Belgique, comme dans d'autres pays européens, telle la France, les limites de la conception unitaire du droit de propriété sur un sol, emportant le dessus et le dessous, tel que réinstaurée en 1804, se font sentir certainement depuis une cinquantaine d'années, comme si l'histoire de la propriété foncière et de ses divisions n'était qu'un éternel recommencement, et ce qu'il s'agisse de diviser matériellement une propriété immobilière (sol, sur-sol, sous-sol, jusqu'aux volumes en sur-sol ou en sous-sol) pour permettre à différentes personnes de retirer les utilités des différentes parties ainsi constituées ou qu'il s'agisse au contraire de laisser certains biens immobiliers indivis en divisant, théoriquement, le droit de propriété lui-même en plusieurs quotes-parts mathématiques abstraites, créant ainsi, notamment, au sein d'un même immeuble des lots appartenant à des propriétaires différents. Vous avez d'ailleurs vu avec le professeur Périnet-Marquet comment le droit français assimilait cet immeuble incorporel qu'est le lot à un immeuble par nature.

18. Qu'avait on au point de départ ?

Quant à l'hypothèse de la division d'un immeuble en divers appartements, le Code civil de 1804 comportait de justesse, puisque contraire à l'exigence d'exclusivité de la propriété, un article 664 ainsi rédigé, applicable en France comme en Belgique, : *« Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas le mode de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :*

les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite ». Les hypothèses ne sont toutefois pas tellement fréquentes en pratique, sauf dans certaines villes comme Grenoble ou Reims ; il faut attendre la fin de l'une ou l'autre des deux guerres mondiales et les nécessaires reconstructions qui s'en suivirent pour voir se multiplier les immeubles par appartements, et, partant, de nouvelles réglementations (en France, la loi du 28 juin 1938 sur la copropriété des immeubles divisés en appartements et, ensuite, la loi du 10 juillet 1965, plus interventionniste, fréquemment modifiée ; en Belgique, les paragraphes 9, 10 et, surtout 11 de l'article 577*bis* introduit en 1924 et la loi du 30 juin 1994, régissant la copropriété forcée d'immeubles ou groupes d'immeubles bâtis et introduisant pour ce faire les articles 577-3 à 577-14 du Code civil, aujourd'hui objet d'une nouvelle réforme).

Quant aux dissociations « matérielles » de l'immeuble, nous l'avons vu, la Belgique s'est dotée dès 1830 tant du droit d'emphytéose que du droit de superficie tels que définis dans les lois hollandaises du 10 janvier 1824. Les provinces hollandaises, spécialement la Frise, connaissaient en effet ces institutions ; des contrats entre particuliers constitutifs d'emphytéose ou de superficie existaient bel et bien qu'il fallait doter d'une législation. Il faut pourtant constater que durant plus d'un siècle, ces figures furent cantonnées à la simple mise en valeur d'un terrain, qu'il s'agisse d'exploitation agricole ou de l'érection de constructions. De même, en France, le Code civil de 1804 ne mentionnant pas l'emphytéose, le législateur, poussé par la jurisprudence, adopta la loi du 25 juin 1902 sur le droit réel d'emphytéose, mais celui-ci fut appréhendé essentiellement par son caractère rural et la loi de 1902 fut insérée

d'ailleurs dans le Code rural, aujourd'hui aux articles 451-1 à 451-13.

19. Durant la seconde moitié du 20^{ème} siècle, ces droits réels connaissent, dans ces deux pays, un regain d'intérêt manifeste. En Belgique, la pratique a de plus en plus recours aux droits de superficie et d'emphytéose dans de nouvelles perspectives pour des projets immobiliers de grande envergure, qu'il s'agisse de centres commerciaux, de parkings, ...²⁹. En France, pareillement, on institue une nouvelle sorte d'emphytéose, dans une optique urbaine et non plus rurale³⁰, le bail à construction, droit réel immobilier, par une loi du 16 décembre 1964, dont la réglementation se trouve actuellement dans le Code de la construction et de l'habitation (art. L et R 251 et s.) ; il s'agit d'un droit un peu comparable au droit de superficie belge.

20. Aujourd'hui, les exigences de la pratique ne cessent de croître. Est révolue l'époque où constructeur et propriétaire du sol devaient être une seule et même personne. Des besoins impérieux de dissociation ou de division résultent bien sûr des limites naturelles de l'espace face à une population sans cesse croissante, de l'urbanisation accélérée de nos sociétés, couplée aux progrès des techniques de construction, mais aussi de politiques foncières diverses impliquant sur un même sol des partenariats public-privé. Une belle illustration de ce dernier phénomène réside dans la création en 1988 en France du bail emphytéotique administratif qui permet à une collectivité territoriale propriétaire d'un bien immobilier de le louer à un tiers qui pourra construire un ouvrage sur le domaine public et ensuite le louer à la collectivité propriétaire du terrain (art. L. 1311-2

²⁹ Voy., pour ce constat, R. CARTON de TOURNAI et A. CHARLIER « Renaissance de l'emphytéose et de la superficie » in *Renaissance du phénomène contractuel*, CDVA, Liège, 1971, p. 148.

³⁰ Encore que, notons-le, c'est la tradition qui réservait le droit d'emphytéose plutôt à la matière agricole, la loi de 1902 n'interdisant aucunement l'utilisation de ce droit à d'autres fins, telle l'habitation, la destination industrielle ou commerciale (voy. F. TERRE et Ph. SIMLER, *Précis, Droit civil, Les biens*, 7^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2006, spécialement n° 931).

du code général des collectivités territoriales) afin d'accomplir une mission de service public, une réalisation d'opération d'intérêt général liée aux besoins de la justice, de la police d'un établissement public de santé, etc ...

A titre d'exemple, en Belgique ont ainsi été réalisés par la technique de la superficie ou de l'emphytéose l'Université de Louvain-la-Neuve, le parking Cathédrale du centre ville de Liège, l'aéroport de Bruxelles national où l'Etat est autorisé à accorder des droits de superficie à des sociétés chargées de l'exploitation de l'aéroport.

Nous nous proposons d'examiner des illustrations récentes de cette évolution de la propriété immobilière à savoir, d'une part, la loi belge et sa prochaine réforme sur la copropriété forcée d'immeubles ou groupes d'immeubles (§ 1^{er}) et, d'autre part, la façon dont le projet de réforme de droit des biens français appréhende, comparativement au droit belge, les dissociations de droits sur le sol (§ 2).

§ 1^{er}. La réforme de la loi belge sur la copropriété d'immeubles ou groupes d'immeubles

21. La copropriété forcée vise l'hypothèse où un ou plusieurs biens immobiliers mis en état de copropriété apparaissent comme étant au service de deux ou plusieurs propriétés immobilières appartenant à deux ou plusieurs personnes distinctes. L'article 577-2, §9, du Code civil prévoit à cet égard que « *les biens immobiliers qui sont affectés à l'usage commun de deux ou plusieurs héritages distincts appartenant à des propriétaires différents ne sont point sujets à partage. La quote-part dans les biens immobiliers indivis ne peut être aliénée, grevée de droits réels ou saisie qu'avec l'héritage dont elle est*

inséparable (...) ». On le sait l'exemple type, en la matière, est la copropriété par appartements, ou plus généralement depuis la loi du 30 juin 1994, la copropriété forcée d'immeubles ou de groupes d'immeubles bâtis régie aux articles, impératifs, 577-3 à 577-14 du Code civil. La réforme de 1994 a vécu et a suscité difficultés d'application et controverses, raison pour laquelle le législateur a décidé de remettre le travail sur le métier. Ainsi, le 16 juillet 2009, la Chambre des représentants a adopté un projet de loi modifiant le Code civil « *afin de moderniser le fonctionnement des copropriétés et d'accroître la transparence de leur gestion* »³¹.

22. La copropriété forcée des immeubles ou groupes d'immeubles bâtis correspond donc à la situation suivante : la propriété de l'immeuble ou du groupe d'immeubles est répartie entre plusieurs personnes par lot comprenant chacun une partie privative bâtie et une quote-part dans des éléments immobiliers communs. Si l'on devait résumer les innovations apportées par la loi de 1994, on pointerait sans hésiter la création d'une personne morale, l'association des copropriétaires, dès lors que l'indivision est née par la cession d'un lot au moins et que les statuts, à savoir l'acte de base et le règlement de copropriété sont transcrits à la Conservation des hypothèques, mesure habituelle de publicité immobilière en Belgique. Cette personne morale, notons le bien, n'est aucunement copropriétaire de l'immeuble, son patrimoine ne comprenant que des meubles, essentiellement les fonds de roulement et de réserve pour couvrir des dépenses périodiques et non périodiques ; elle s'exprime par le biais d'une assemblée générale, reprenant tous les copropriétaires, et est gérée au jour le jour et représentée dans les actes et en justice par un syndic, professionnel ou non. La mission du syndic est contrôlée, aujourd'hui de façon facultative, par un conseil de gérance et, demain, en tout cas pour les copropriétés de 20 lots au

³¹ Ce projet de loi fut immédiatement transmis au Sénat qui vient de l'évoquer en date du 28 septembre 2009 ; voy. Doc. n° 4-1409/1, Sénat de Belgique, session 2008-2009, disponible sur www.senate.be.

moins, de façon obligatoire par un organe qui s'appellera conseil de copropriété.

23. L'objectif de la présente contribution n'est pas de décrire tout le régime de la copropriété forcée mais de relever, dans la proposition de réforme de la loi, deux éléments qui illustrent cette mutation permanente que connaît le statut des biens immeubles en copropriété, cette nécessité de toujours plus et mieux diviser l'immeuble.

Ainsi, première illustration, la notion de « partie privative bâtie » a déjà dû être précisée, dès les premières heures de la loi du 30 juin 1994, pour inclure, outre les parties privatives déjà érigées, celles en construction. En effet, on a relevé que le législateur belge ne semble pas avoir voulu limiter l'application de la loi aux immeubles dont la construction est achevée. Bâtir signifie, au sens commun du terme, élever sur le sol, avec des matériaux assemblés et est synonyme de construire, ériger, édifier, élever. Le terme « bâti » ne paraît pas inclure une notion de finition. Les immeubles en construction paraissent dès lors soumis à l'application du régime des immeubles bâtis ³². Au-delà de cette précision, la controverse est née dans des hypothèses où certaines parcelles ne sont pas bâties du tout et ne le seront probablement jamais, comme cela peut-être le cas dans des parcs résidentiels ; certains auteurs prônent une application souple et nuancée de l'exigence du caractère « bâti », tandis que d'autres s'en tiennent à la lettre de la loi, précisant qu'il ne peut s'agir que de parties privatives bâties et construites, et suggèrent d'appliquer dans des hypothèses de parcs résidentiels, le seul droit commun de la copropriété forcée énoncé aux §§ 9 et 10 de l'article 577-2 du Code civil et non les articles 577-3 et s. du Code civil. La réforme en cours entend mettre fin à cette controverse exposée ci-dessus en supprimant

³² Voy. notamment C. MOSTIN, « Le champ d'application et la force obligatoire de la loi du 30 juin 1994 », in *Copropriété – La loi du 30 juin 1994 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relative à la copropriété*, Ed. U.C.L. Faculté de droit, 1994, pp. 28 à 30.

purement et simplement les mots « bâtis » présents à l'article 577-3 pour le motif qu' « *Il faut permettre de soumettre aux règles de copropriété les lots non bâtis mais destinés à recevoir un immeuble en copropriété et faisant partie des parcs résidentiels. En effet, à l'heure actuelle, ils ne sont pas régis par les dispositions sur la copropriété et sont souvent laissés sans gestion* ». Un champ d'application encore plus large donc.

Seconde illustration : à l'heure actuelle, et à la différence du droit français, la Cour de cassation belge a interprété la loi comme ne permettant qu'une seule association de copropriétaires par groupes d'immeubles. Dans son arrêt du 3 juin 2004 ³³, elle décide que l'article 577-5, §1^{er}, alinéa 1^{er} du Code civil, qui confère la personnalité juridique à l'association de copropriétaires, et l'article 577-9, §1^{er} du même Code, qui dispose que l'association a qualité pour agir en justice, s'appliquent à l'association des copropriétaires d'un groupe d'immeubles bâtis et non à l'association des copropriétaires d'un immeuble du groupe, relevant « *qu'en accordant la personnalité juridique à l'association des copropriétaires, le législateur a eu pour objectif, sur le plan juridique, de simplifier non seulement les rapports entre les copropriétaires mais aussi entre les tiers avec les copropriétaires ; Qu'il serait contraire à cet objectif que des tiers qui introduisent une instance contre les copropriétaires d'un groupe d'immeubles bâtis dussent d'abord examiner si l'action concerne les intérêts d'un immeuble déterminé du groupe, de quelques immeubles de ce groupe ou du groupe seul ; Que l'objectif poursuivi par le législateur n'est pas que les copropriétaires d'un immeuble appartenant à un groupe d'immeubles bâtis puissent former une association distincte de l'association des copropriétaires des immeubles de ce groupe et pouvant donc acquérir une personnalité juridique distincte pour agir en justice.* ».

³³ Voy. Cass., 3 juin 2004, disponible sur le site de la Cour de cassation, <http://jure.juridat.just.fgov.be> .

La réforme prend résolument le contre-pied de cette position, voulant permettre plus de spécification encore au sein d'un immeuble ou d'un groupe d'immeubles, une division plus fine encore. D'abord, le projet prévoit que puissent être créées dans les statuts des sous-indivisions soit pour des immeubles, soit pour des parties d'immeubles, qui ne sont pas affectés à l'usage de tous, et donc création de véritables parties communes spéciales, réparties en quotes-parts mathématiques entre seulement certains copropriétaires. Le nouvel alinéa 4 de l'article 577-3 du Code civil disposerait que « *L'acte de base peut prévoir la création de sous-indivisions pour des immeubles ou parties d'immeubles qui ne sont affectés à l'usage que de deux ou plusieurs, mais pas de tous les lots privatifs. Une telle sous-indivision est régie par les dispositions de l'article 577-2, §§ 9 et 10* ». Ensuite, il est inséré dans le Code un article 577-4/1, qui disposerait que « *Si, conformément à l'article 577-3, alinéa 4, l'acte de base prévoit la création d'une sous-indivision, les statuts peuvent pour cette sous-indivision, prévoir la création d'une association secondaire des copropriétaires concernés et en déterminer les règles de fonctionnement. Cette association secondaire est dotée de la personnalité juridique, aux mêmes conditions que l'association principale des copropriétaires. Les dispositions des articles 577-3 et suivants sont applicables à la sous-indivision visée à l'alinéa 1^{er}, étant entendu que l'association principale reste exclusivement compétente pour les décisions qui ont une incidence sur des intérêts qui dépassent ceux de l'association secondaire concernée* ». La formulation « *incidences sur des intérêts dépassant ...* » ne manquera pas de susciter l'interprétation et l'on doit souhaiter que les statuts donnent sur ce point quelques indications ou pistes de réflexion. Il n'empêche que la volonté est manifeste d'encore affiner la division.

§ 2. Le projet de réforme français du droit des biens et les dissociations de la propriété immobilière

24. Pour bien mettre en relief les avancées du droit français en matière de dissociation du sol, il peut être intéressant de présenter d'abord, brièvement, la situation en droit belge. Nous, belges, pour rappel, avons toujours eu, en parallèle, l'article 553 *in fine* du Code civil et la loi sur la superficie, empruntée au législateur hollandais. Or, dans cette loi, un seul article n'est pas supplétif, l'article 4 imposant que la superficie, droit de construire ou planter sur le fonds d'autrui et de devenir propriétaire des réalisations faites, n'excède en aucun cas 50 ans : la division horizontale de la propriété ne peut avoir lieu que façon temporaire. En présence des deux textes, l'article 553 du Code civil et la loi du 10 janvier 1824 sur la superficie, il faut donner, à notre avis, à chaque disposition le champ d'application qui lui revient, et n'attribuer à l'article 553 du Code civil qu'une signification résiduelle, du moins en sur-sol.

Précisons en effet immédiatement que la majorité de la doctrine belge, fidèle à l'histoire, au concept et au vocable même de superficie, considère que la superficie ne vise, à titre principal, que le sur-sol et non le sous-sol ; il s'agit d'une renonciation à l'accession en surface (permettant de déroger à l'adage *superficies solo cedit*). Le Doyen SAVATIER étudiant en 1976 déjà la propriété des volumes dans l'espace écrivait que l'étymologie « (...) *par le suffixe super s'oppose à l'emploi du mot superficie pour désigner des substructures. Etymologiquement le préfixe super est, en effet, antinomique au préfixe sub* »³⁴. En sous-sol, par conséquent, la loi sur la superficie ne s'appliquant pas, nous avons interprété largement aussi, comme en France, les exemples cités par la finale de l'article 553 du Code civil. La Cour de cassation a ainsi décidé, notamment dans un arrêt du 28 novembre 1969 relatif à un emplacement propre à servir de parking³⁵, 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*

³⁴ Voy. R. SAVATIER, « La propriété des volumes dans l'espace et la technique juridique des grands ensembles immobiliers », *Dalloz*, 1976, pp. 103 et s., spécialement n° 6, p. 105.

³⁵ *Pas.*, 1970, I, 294 ; voy. aussi, Cass., 2 mars 1992, *Pas.*, 1992, I, 589.

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 ... ».

Quant au sur-sol, disions nous, certains entendent très restrictivement l'article 553 du Code civil comme ne permettant qu'un surplomb ou un empiètement sur le bâtiment d'autrui, minime en toutes hypothèses. D'autres, dont nous faisons partie, préconisent de tenter de donner un champ d'application maximal à cet article mais en respectant la *ratio legis* du texte, à savoir un critère de voisinage, une situation d'imbrications entre propriétés voisines ; pour savoir s'il peut s'agir d'une propriété perpétuelle ou seulement d'un droit de superficie, ce ne serait point tant la quantité de propriété acquise qui serait déterminante que la particularité de rapports de voisinage. D'autres enfin, entendent appliquer plus largement encore l'article 553 du Code civil, dans la perspective, louable en soi, d'organiser la propriété par volumes ³⁶. Bref, l'insécurité juridique règne et les juristes belges aspirent à une réforme législative en profondeur qui permette d'ancrer dans la loi ces nouvelles conceptions plus souples et imaginatives de l'immeuble.

25. En France, la situation était différente, nous l'avons dit, la chronologie n'est point la même qu'en Belgique. La loi ne contient aucune mention du droit de superficie et la jurisprudence a interprété le bail emphytéotique et le bail à construction comme des droits réels et seulement des droits réels ne conférant aucun droit sur le sol ³⁷.

Toutefois, la pratique a depuis longtemps développé en parallèle, et même avant

³⁶ Voy., not., N. VERHEYDEN-JEANMART et P.-P. RENSON, « La propriété et les enjeux urbanistiques du troisième millénaire. La propriété des volumes » in *Le Code civil entre ius commune et droit privé européen, Etudes réunies et présentées par A. WIFFELS*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 333 à 358, spécialement pp. 351, 356 et 357.

³⁷ Voy. H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier*, 2009, pp. 16 et s., spécialement p. 17.

la loi de 1964 instituant le bail à construction, la constitution de droits de superficie. La difficulté toutefois était que l'on utilisait les mêmes termes de « droit de superficie » pour viser deux choses fondamentalement différentes : d'une part, le droit réel de construire sur le terrain d'autrui entraînant la propriété, temporaire, des constructions édifiées, tel qu'il résulte d'un bail emphytéotique ou d'un bail à construction, et, d'autre part, un « véritable » droit de superficie, constituant une propriété sur un volume. Cette dernière construction repose, dans l'analyse française, sur la finale de l'article 553 du Code civil et constitue une propriété immobilière sur une partie d'un immeuble présentant donc l'avantage d'entraîner une dissociation perpétuelle de la propriété immobilière. C'est sur cette base toujours que s'est développée la technique des volumes immobiliers, appelée encore division volumétrique où le droit de propriété s'exerce non sur le sol mais sur un volume défini au moyen de cotes planimétriques et altimétriques. Il s'agit bien là de la superposition de différentes propriétés immobilières, chaque volume pouvant d'ailleurs faire l'objet d'une copropriété immobilière.

26. Outre, la création d'un usufruit temporaire et du nouveau droit réel de jouissance spéciale, qui peuvent servir à réaliser de nouvelles opérations immobilières ³⁸, et dont vous a parlé le professeur Périnet-Marquet, le projet de réforme entend clarifier le débat et consacrer les deux conceptions totalement différentes décrites ci-dessus, sans plus utiliser en tant que tel le terme de superficie et sans rien modifier quant à la pratique des professionnels et notamment des notaires ³⁹. Il distingue ainsi, d'un côté, ce qu'il nomme la

³⁸ Ce droit, décrit aux articles 608 et suivants du projet de réforme, pourrait ainsi compléter un bail à construction en se réservant une jouissance spéciale de terrains voisins (pour créer un espace vert, un terrain de sport, ...) de celui objet du bail à construction : voy., pour ces observations, H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier*, 2009, pp. 16 et s., spécialement p. 22.

³⁹ Voy. H. PERINET-MARQUET, « Actualités de la dissociation des droits sur le sol en droit privé », *Revue de droit immobilier*, 2009, pp. 16 et s., spécialement p. 21.

propriété superficielle, par rapport à la propriété tréfoncière, incluant la division volumétrique, et, d'un autre côté, les démembrements du droit de propriété résultant des baux de longue durée. L'article 527 du Code civil en projet porte : « *Par leur nature, sont immeubles les parties déterminées de l'espace terrestre. Sont ainsi immeubles : les fonds, les volumes, les constructions et végétaux qui s'y trouvent, ainsi que toutes les autres choses qui s'y incorporent. Sont aussi immeubles les lots de copropriété* ». L'article 562 projeté apporte une nuance au principe (énoncé à l'article 561) que la propriété du sol emporte, dans les limites posées par les lois et conventions, la propriété du dessus et du dessous ; il dispose qu'« *Un fonds peut faire l'objet d'une division visant à conférer à un tiers la propriété d'une partie de ce fonds situé au-dessus ou au-dessous d'une limite conventionnellement fixée. La propriété du dessus est appelée propriété superficielle, celle du dessous propriété tréfoncière. Un fonds peut également, moyennant établissement d'un état descriptif de division, faire l'objet d'une division spatiale portant création de volumes. Les articles 534 et suivants s'appliquent aux fonds issus des divisions mentionnées aux alinéas précédents* ». De son côté, l'article 607 dispose que « *Des droits réels sur le sol peuvent être conférés par certains contrats, tels les baux emphytéotiques ou à construction. Ces droits, cessibles et susceptibles d'hypothèque, confèrent à leurs titulaires, pendant la durée du contrat, la propriété des constructions ou plantations ou installations dont ils autorisent la réalisation. Ils sont régis par les lois qui les instituent* ».

27. A titre de comparaison, au Québec, le Code civil du Bas-Canada de 1866 contenait des dispositions instituant un droit d'emphytéose (art. 567 à 582), forme démembrée de la propriété, dont la durée était supérieure à 9 mais inférieure à 99 ans (aujourd'hui, ce sont les articles 1195 à 1211 du Code civil qui régissent l'emphytéose, qui doit avoir une durée d'au moins dix ans et d'au plus cent ans). Ce n'est que dans le Code civil de 1994 qu'apparaît

véritablement ⁴⁰ la superficie, comme une modalité ⁴¹, et non un démembrement, du droit de propriété ; l'article 1011 du Code civil du Québec dispose que « *La propriété superficière est celle des constructions, ouvrages ou plantations situés sur l'immeuble appartenant à une autre personne, le tréfoncier* » tandis que l'article 1110 ajoute : « *La propriété superficière résulte de la division de l'objet du droit de propriété portant sur un immeuble, de la cession du droit d'accession ou de la renonciation au bénéfice de l'accession* » ; cette propriété peut être perpétuelle ou à terme selon l'article 1113 du Code. Elle est conçue comme la possibilité d'être propriétaire soit d'une partie délimitée du fonds d'une autre personne, appelée tréfoncier, soit d'être propriétaire de la totalité ou d'une partie des constructions, ouvrages ou plantations faits ou à être faits sur ou à l'intérieur du fonds appartenant au tréfoncier mais, en toutes hypothèses, selon la doctrine, le tréfoncier aliène une portion d'espace (en sur-sol ou en sous-sol) dans lequel s'insérera un immeuble (au sens de constructions, ouvrages ou plantations) propriété du superficière ; c'est une superposition de propriétés ⁴². Quant à l'emphytéose, elle est conçue dans le nouveau Code civil, aux articles 1195 à 1211, comme un démembrement du droit de propriété, emportant toutefois le bénéfice du droit d'accession et, partant, l'emphytéote devient propriétaire superficière des constructions ou plantations par lui réalisées ; on ajoutera encore qu'en droit canadien, à la différence du droit belge et du droit français, l'emphytéose peut être constituée aussi bien par un acte à titre gratuit que par un acte à titre onéreux, la nature d'un droit réel de jouissance ne pouvant être définie en fonction du caractère onéreux ou gratuit de l'acte pourvoyant à

⁴⁰ L'article 415 du Code civil du Bas-Canada qui reproduisait l'article 553 du Code civil, évoquait effectivement indirectement le droit de superficie.

⁴¹ L'article 1009 du Code civil du Québec de 1994 énonce : « *Les principales modalités de la propriété sont la copropriété et la propriété superficière* ».

⁴² Voy. D-CI. LAMONTAGNE, « Distinctions des biens, domaine, possession et droit de propriété », in *La réforme du Code civil, Personnes, succession, biens*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 467 et s., spécialement n°s 73 à 76 ; Fr. FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », in *La réforme du Code civil, Personnes, succession, biens*, Textes réunis par le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Sainte-Foy, Les Presses de l'Université Laval, 1993, pp. 671 et s., spécialement n°s 1 à 19.

son établissement^{43 44}.

Evoquons encore, toujours dans une perspective comparatiste, la situation en droit italien. Le Code de 1865 contenait quelques articles (art. 1556 à 1567) consacrés au droit d'emphytéose, rangés non point au Livre II parmi les modifications de la propriété, au même titre que l'usufruit ou les servitudes, mais dans le Livre III, juste avant le contrat de louage. Il s'agissait d'un contrat par lequel on concédait à perpétuité ou à temps, un fonds, à la charge de l'améliorer et de payer un revenu annuel déterminé en argent ou en denrées ; ce contrat conférait énormément de potentialités à l'emphytéote y compris le droit de racheter le fonds emphytéotique. Dans le Code civil de 1942, les choses changent : le droit de superficie apparaît en tant que tel, suivi de l'emphytéose, respectivement aux Titres III et IV du Livre III sur la propriété et ces deux droits constituent des droits réels de jouissance limités, mais à terme⁴⁵ ou perpétuels, sur des immeubles appartenant à autrui. En ce qui concerne la superficie, traitée aux articles 952 à 956 du Code, elle est soit le droit concédé par le propriétaire d'un sol à une autre personne de faire et de maintenir sur le sol une construction, cette personne devenant propriétaire de la construction (*ius aedificandi*), soit la propriété d'une construction aliénée par le propriétaire d'un fonds déjà bâti qui demeure propriétaire du seul sol (*proprieta separata*). La superficie peut concerner, à la différence du droit belge, le sur-sol ou le sous-sol et peut être à terme ou sans terme ; par conséquent, la propriété de la construction en découlant pourra pareillement être à terme (elle reviendra alors, au terme, au propriétaire du sol) ou perpétuelle. Le droit de superficie italien ne peut viser que des constructions et non des plantations, comme l'énonce l'article 956 selon lequel « *La propriété des plantations ne peut être constituée ou transférée*

⁴³ Voy. Fr. FRENETTE, « De la propriété superficière, de l'usufruit, de l'usage et de l'emphytéose », *op. cit.*, 80 à 101.

⁴⁴ Voy. sur cette confusion de genre entre le contrat constitutif et le droit réel qui en résulte, P. LECOCQ, « Superficie, Emphytéose et constructions », in *Droit des biens/Zakenrecht*, Brugge, la charte/die keure, 2005, pp. 285 à 334, spécialement n° 11.

⁴⁵ L'emphytéose à terme ne peut durer moins de vingt ans.

séparément de la propriété du sol ».

*

La propriété immobilière, objet d'éternelle convoitise, constitue un vaste champ d'exploration juridique, un terrain fertile en réflexions, une matière en permanente @évolution et donc une source intarissable de créativité ; puisse l'homme faire en sorte que l'immeuble, que le sol, que la terre survive à ses ambitions. Je vous remercie pour votre attention.