
L'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie

Auteur : Marchant, Léa

Promoteur(s) : Georges, Frederic

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit privé

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16895>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

L'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie

Léa MARCHANT

Travail de fin d'études
Master en droit à finalité spécialisée en droit privé

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :
Monsieur GEORGES FRÉDÉRIC
Professeur ordinaire

RESUME

L'origine des deux lois du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie et le droit d'emphytéose se trouve dans l'utilisation de ceux-ci dans certaines provinces du Royaume des Pays-Bas dont la Belgique faisait partie. Le législateur belge jugea nécessaire de reprendre ces deux lois pour compléter le Code civil français de 1804, étant donné que les droits de superficie et d'emphytéose n'en faisaient pas partie.

Depuis cette époque, l'utilisation de ces droits réels a connu un passage à vide certain. Néanmoins, la fin du 20^{ième} siècle et l'entrée en vigueur du Livre 3 du Code civil belge en 2021 permettent d'envisager de beaux jours à ces droits réels d'usage. En effet, à l'heure actuelle, le contexte général de l'augmentation de la densité de population, du prix des terrains, la diminution des espaces constructibles ainsi que les questions environnementales et climatiques, rend favorable les droits réels d'emphytéose et de superficie.

Notre contribution aura pour objet d'examiner les conséquences de la réforme du droit des biens sur la constitution d'une hypothèque portant sur un droit réel d'usage tel que l'emphytéose ou la superficie. Nous commencerons ainsi par analyser les principes généraux liés aux droits réels, à l'hypothèque, la superficie et l'emphytéose. Ces différents droits réels seront abordés à l'aube des changements apportés par la réforme de 2021 à chacun d'eux. Ensuite, le caractère « bankable » du droit réel d'emphytéose et de superficie pourra être évoqué : le banquier ayant une hypothèque portant sur ce type de droit réel d'usage aura-t-il l'occasion de faire vendre l'actif et de se faire rembourser ? Les banquiers, sont-ils disposés à financer un emprunt portant sur un tel actif ?

Remerciements

Je souhaite tout d'abord remercier le promoteur de ce travail, Monsieur Frédéric GEORGES, Professeur ordinaire à l'Université de Liège, pour la confiance qu'il m'a octroyée en me laissant une grande autonomie quant à la réalisation de ce travail et pour les précieux conseils qu'il m'a donnés ;

Je remercie également Madame Nathalie SCHONBROT et Monsieur Xavier LAMBERT de m'avoir accordé de leur temps pour relire et corriger ce travail ;

À Nathan HOUET, France et Ema MARCHANT, je les remercie pour leur présence et leur soutien indéfectible. À ma famille, j'exprime ma gratitude pour m'avoir inculqué l'importance de la persévérance et du travail. À mes proches, je présente mes remerciements pour m'avoir encouragée et soutenue durant l'intégralité de mes années d'études.

Table des matières

Introduction	8
Développement	9
I. Les droits réels	9
1) Généralités	9
a) Un système de droits réels fermé, flexible et subsidiaire	9
b) Objet des droits réels : principes et conséquences	10
c) Antériorité, droit de suite et droit de préférence	12
d) La subrogation réelle	12
2) Les droits réels d'usage : l'emphytéose et la superficte	13
2.1) Contexte historique	13
2.2) Le Livre 3 du Code civil de 2019	13
2.3) Le droit réel d'emphytéose	14
a) Définition et objet	14
b) Durée	16
c) Droits et obligations des parties	17
d) Modes spécifiques d'extinction	18
2.4) Le droit réel de superficte	18
a) Définition et objet	18
b) Durée	20
c) Superficie-conséquence	21
d) Droits et obligations du superficiaire	21
e) Extinction	22
3) Les sûretés réelles	23
1. L'hypothèque	23
a. Caractéristiques	23
2.1. Droit réel	23
2.2. Un droit accessoire	24
2.3. Un droit immobilier	24
b. Les biens susceptibles d'hypothèques	24
c. L'assiette de l'hypothèque	25
d. La subrogation réelle	26
e. L'extinction	26
II. L'hypothèque de ces droits réels d'usage et leur bankabilité	26
1) L'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficte	26
1.1) La constitution de l'hypothèque	26
1.2) Divers problèmes	27
a. La prorogation et le renouvellement	27
b. L'étendue de l'hypothèque	28
c. Résiliation du droit réel d'usage en cas de faillite	29
d. L'extinction anticipée	30
e. Conclusion	32
2) La bankabilité du droit réel d'emphytéose et de superficte	32
2.1) Définition	33
2.2) Bankabilité de l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficte	33
2.3) Aménagements et adaptations	34
a) Sûreté supplémentaire	34
b) La subrogation réelle	34
c) Protection des tiers	35
i) <i>Faits de l'arrêt du 22 janvier 2021</i>	35
ii) <i>Conclusions Avocat général</i>	36
iii) <i>Décision de l'arrêt du 22 janvier 2021</i>	36
iv) <i>L'article 3.17 du Code civil</i>	37
d) Renonciation et engagements	38

e) Conclusion	39
Conclusion.....	40
Bibliographie	43
A. Législation	43
1) Législation belge	43
B. Jurisprudence	43
1) Cour de cassation belge.....	43
2) Cour de cassation française.....	43
3) Cour d’appel	44
4) Autres juridictions	44
C. Doctrine	44
D. Source internet	47

INTRODUCTION

1. À l'heure d'écrire ces lignes, notre monde est confronté à une multitude de problèmes pour lesquels il est difficile de trouver des solutions évidentes. Bien que la planète Terre soit riche en ressources, la gestion de celles-ci a été négligée depuis trop longtemps. De surcroît, nous devons également faire face aux changements climatiques et à la pollution environnementale. Nous devons relever ces défis avec des solutions durables, car nous ne pouvons plus nous permettre de gaspiller nos ressources pour des raisons économiques ou par égoïsme.

Pendant des siècles, notre société a été dominée par le système capitaliste qui a guidé notre comportement irrationnel pour optimiser notre temps et notre argent. Bien que nous ayons été léthargiques trop longtemps, certaines sphères de notre société ont finalement pris conscience de l'urgence de la situation. C'est pourquoi les autorités ont commencé à réviser nos institutions les plus fondamentales, telles que le droit des biens, afin d'adopter une gestion plus durable et économe de notre environnement. Puisque le droit des biens règle notre façon d'interagir avec les objets, y compris les ressources naturelles, il était tout à fait légitime d'amender celui-ci et de l'aborder dans une perspective de durabilité avec le nouveau Livre 3¹.

En vue d'une utilisation optimale de nos terres, notre exposé évoquera les droits réels immobiliers tels que le droit d'emphytéose et le droit de superficie. Cependant, il sera important de souligner l'aspect économique, qui joue un rôle majeur dans ces droits et leur soumission aux influences bancaires. En effet, celles-ci ont un pouvoir important et conditionnent la plupart de nos choix en matière de droits réels immobiliers.

2. En résumé, notre exposé se concentrera sur l'examen de l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie dans le contexte actuel et leur caractère bancaire. Le développement sera divisé en deux parties principales : l'étude des droits réels et l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie ainsi que l'évaluation de leur «bankabilité»².

Dans un premier temps, nous étudierons les généralités des droits réels en mettant en évidence les changements liés à la réforme du droit des biens. Ensuite, nous nous pencherons plus spécifiquement sur chacun des droits réels évoqués et leurs caractéristiques essentielles. La deuxième partie traitera de l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et superficie et des problèmes qui y sont liés dans une première section. Enfin, la seconde section examinera les solutions apportées aux problèmes de la section précédente. Nous y évoquerons donc le caractère finançable aux yeux d'une banque, d'un projet d'un emphytéote ou d'un superficiaire en hypothéquant son droit. En d'autres termes, cette partie évaluera le caractère bankable de ces droits.

¹ V. SAGAERT, « De hervorming van het goederenrecht », *T.P.R.*, 2020, pp. 411-412.

² Nous noterons, dès à présent, que la notion de « bankabilité » peut être orthographiée de manière diverse. Afin de suivre une certaine cohérence dans notre contribution, nous utiliserons l'orthographe « bankable / bankabilité » et non pas « bancable/bancabilité ».

DÉVELOPPEMENT

I. LES DROITS RÉELS

3. Dans cette première partie, nous développerons les notions de droits réels mais également de droit réel d'emphytéose, de superficie et d'hypothèque³. Cette présentation sera préalablement axée sur les éléments généraux des droits réels. Après cela, nous nous intéresserons plus spécifiquement à chacun des droits réels liés au thème de notre contribution. Pour chaque section, nous mettrons en avant diverses nouveautés apportées par la réforme du Code civil⁴.

1) Généralités

4. La loi de 2019 sur la création d'un Code civil a pour objectif de moderniser et de structurer l'ancien Code civil de 1804⁵. Le Code civil a été modifié par la création d'un Livre 1 qui n'existait pas auparavant et qui contient toutes les dispositions générales. En conséquence, le Livre 3 du Code civil de 2019 commence également par un Titre 1 dédié aux dispositions générales des droits réels, ce qui constitue une structure logique pour le Code⁶. S'agissant du régime de droit commun pour ce Livre 3, le droit d'emphytéose prévu dans le Titre 7 ou le droit de superficie prévu dans le Titre 8, doivent nécessairement le respecter⁷.

a) Un système de droits réels fermé, flexible et subsidiaire

5. Une des questions majeures pour le législateur était de déterminer le degré d'autonomie et de liberté de la volonté en droit des biens, à savoir si seul le législateur était capable de créer de nouveaux types de droits réels⁸. Le choix se porta sur la confirmation du principe du *numerus clausus*⁹. Effectivement, l'article 3.3 Cciv consacre le système fermé des droits réels.

³ Pour éviter les répétitions et surcharges, dans le cadre de travail, nous préférons parfois « l'emphytéose, la superficie ou l'hypothèque » aux appellations complètes « le droit réel d'emphytéose, le droit réel de superficie et le droit réel d'hypothèque ».

⁴ Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 4 mai 2019 ; Loi du 4 février 2020 insérant le Livre 3 « Les Biens », *M.B.*, 17 mars 2020.

⁵ P. LECOCQ et V. SAGAERT, « Introduction - La réforme du droit des biens : contextualisation méthodologique et tendancielle », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 3-4 ; Dans la suite de notre contribution, nous nous permettrons d'utiliser l'abréviation « Cciv » pour désigner le Code civil lorsque nous en évoquerons les articles afin d'éviter toute redondance.

⁶ P. LECOCQ et R. POPA, « Titre 1 – Dispositions générales », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 15.

⁷ W. NEVEN et R. MASELIS, « Boek 3 "Goederen" van het nieuw Burgerlijk Wetboek – Deel I : Een introductie », *NOT*, 2021, nr. 1, p. 2.

⁸ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 414 ; P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, p. 17.

⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *Emphytéose et superficie*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2023, n° 2, p. 17.

Ce sujet a longtemps été débattu par la doctrine, secoué par la jurisprudence et comparé au droit français¹⁰. Assurément, l'arsenal des droits réels « démembrés » est bien plus important en Belgique qu'en France, puisque nous avons continué d'utiliser les droits d'emphytéose et de superficie régis par les lois du 10 janvier 1824 qui furent adoptées par le législateur néerlandais¹¹.

Les droits réels sont le droit de propriété, la copropriété, les droits réels d'usage et les sûretés réelles. Nous avons donc quatre catégories de droits réels dont les deux dernières sont affiniées aux alinéas 3 et 4 de l'article 3.3 Cciv¹². En revanche, les travaux préparatoires précisent que la liste des sûretés réelles dans cet article, ne limite pas l'utilisation de cette notion dans des législations spéciales¹³.

6. Il est dès à présent nécessaire de faire la distinction entre les droits réels et les sûretés réelles. Les droits réels ont pour but de reconnaître à leur titulaire le droit d'obtenir les pouvoirs d'usus, fructus et/ou d'abusus sur un bien, alors que les sûretés réelles vont garantir l'exécution d'une créance et par conséquent, ne peuvent exister seules¹⁴.
7. Enfin, le législateur belge a mis en place l'article 3.1 Cciv, afin de remédier à la rigidité du système fermé. Il est désormais prévu qu'hormis les définitions et les articles qui en disposent autrement, les dispositions puissent être écartées ou modifiées par les parties en vertu de leur caractère supplétif¹⁵.

b) Objet des droits réels : principes et conséquences

8. En vertu des articles 3.7 et 3.41 Cciv, les droits réels peuvent porter sur toutes les choses susceptibles d'appropriation dans la mesure où la nature du droit réel ne s'y oppose pas¹⁶. À titre d'exemple, il n'est pas possible de constituer un droit réel d'emphytéose ou de superficie sur un meuble, puisque selon leur nature, ils ne peuvent porter que sur des biens

¹⁰ La doctrine basait son raisonnement sur l'article 543 Ancien Cciv ; Cass., 17 octobre 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1395 ; Cass. Fr., 31 octobre 201, *D.*, 2013, p. 53 (Arrêt *Maison Poésie*).

¹¹ P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, p. 19.

¹² C. civ., art. 3. 3 : « *Système fermé des droits réels*

Seul le législateur peut créer des droits réels.

Les droits réels sont le droit de propriété, la copropriété, les droits réels d'usage et les sûretés réelles.

Les droits réels d'usage sont les servitudes, le droit d'usufruit, le droit d'emphytéose et le droit de superficie.

Les sûretés réelles, au sens du présent Livre, sont les privilèges spéciaux, le gage, l'hypothèque et le droit de rétention. ».

¹³ Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, 2018 - 2019, n° 55-0173/001, p. 16 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 418 ; A. WYLLEMAN et J. BAECK, *Goederenrecht*, Brugge, die Keure / la Charte, 2023, pp. 171-172 : « *In de meest ruime zin omvat het alle mechanismen die een schuldeiser meer zekerheid op betaling van zijn schuldvordering bieden door hem één of ander recht op een goed te verschaffen. In dit hoofdstuk zullen we ons beperken tot de zakelijke zekerheden die als zakelijke rechten te kwalificeren zijn* ».

¹⁴ N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2022, n° 21, p. 29.

¹⁵ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 416.

¹⁶ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *Usufruit, emphytéose et superficie dans le nouveau droit des biens : analyse du nouveau régime, implications pratiques et utilisation dans le cadre d'opérations immobilière commerciales*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, n° 11, p. 19.

immobiliers¹⁷. En outre, une personne ne peut constituer un sous-droit réel d'emphytéose ou de superficie que sur le bien donné en emphytéose ou superficie et non pas sur le droit réel principal en lui-même.

9. Les grands principes de spécialité et d'unité prévus à l'article 3.8 Cciv régissent l'objet des droits réels¹⁸. En vertu du principe de spécialité, les droits réels ne peuvent porter que sur des *species*, à savoir un bien, plusieurs ou un ensemble de biens déterminés¹⁹. Le principe d'unité consacre quant à lui une triple règle : (1) un droit réel s'étend de plein droit à toutes les composantes inhérentes du bien sur lequel il porte, (2) les composantes inhérentes ne peuvent faire l'objet de droits réels distincts, et (3) tout acte de dispositions relatif à un bien s'étend de plein droit à toutes ses composantes inhérentes²⁰. Cet article contient aussi la définition de la composante inhérente et bien que les parties ne puissent pas déroger au principe d'unité, le législateur peut prévoir des exceptions, notamment pour permettre la création d'un droit réel sur une composante inhérente²¹.
10. Un bien accessoire peut être détaché du bien principal sans nuire à sa substance et constituer un bien indépendant, tandis qu'une composante inhérente ne peut l'être²². Pour être considéré comme accessoire, un bien doit remplir deux conditions, à savoir appartenir à la même personne que le bien principal et être soit rattaché de manière permanente à ce droit principal, soit servir à son exploitation ou à sa conservation²³. Le fait que l'article 3.9 Cciv utilise le terme « bien », atteste que l'accessoire puisse être un bien corporel ou incorporel comme un droit²⁴. Ainsi, sont visés les immeubles par destination (article 3.47Cciv) et plus communément une sûreté réelle en ce qu'elle est un droit réel accessoire destiné à sauvegarder le bien principal²⁵.
11. Néanmoins, il existe des exceptions à la possibilité laissée aux parties de pouvoir dissocier juridiquement l'accessoire du principal. Effectivement, face à un accessoire ayant un caractère renforcé, les parties ne peuvent séparer cet accessoire du bien principal. Ce type d'accessoire ne peut faire l'objet d'un statut distinct²⁶. Les sûretés réelles ayant une place centrale au cœur de notre examen de l'hypothèque des droits d'emphytéose et de superficie, leurs sorts nous intéressent tout particulièrement. Elles ne peuvent pas être séparées du bien principal, c'est-à-dire du bien dont elles sont l'accessoire, la créance garantie²⁷. En outre, la superficie-

¹⁷ S. BOUFLETTE et A. SALVE, « Chapitre 1 - Les principes généraux du droit des biens (Titre Ier du nouveau Livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 24.

¹⁸ P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 18, p. 29.

¹⁹ S. BOUFLETTE et A. SALVE, *op.cit.*, 2021, p. 24.

²⁰ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 435 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 14, p. 22 ; N. BERNARD, *op.cit.*, 2022, n° 50, p. 45.

²¹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 14, p. 22 ; C. civ., art. 3.8, §2, al. 1.

²² V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 58, p. 439 ; P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 22, p. 31.

²³ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 16, p. 25.

²⁴ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 59, p. 440.

²⁵ P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 22, p. 31.

²⁶ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 6, p. 13 ; P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 23, p. 32.

²⁷ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 60, p. 440.

conséquence est un bien accessoire qui ne peut être séparé du bien principal tel que l'emphytéose.

c) Antériorité, droit de suite et droit de préférence

12. Les principes de d'antériorité, de droit de suite et de préférence jouent un rôle déterminant pour la notion d'hypothèque. Il s'agit d'avantages uniques par rapport aux droits personnels en cas de conflit avec d'autres droits ou titulaires de droits²⁸.
13. L'article 3.4 du Code civil énonce le principe « *Prior tempore, potior iure* », selon lequel le droit réel le plus ancien a la priorité sur le plus récent en cas de pluralité de droits réels sur un même bien, mais des exceptions ont été mises en place pour protéger les tiers, notamment en cas de publicité foncière pour les biens immobiliers²⁹. Quant au droit de suite prévu à l'alinéa 2, le titulaire d'un droit réel peut opposer son droit à tout cessionnaire successif du bien³⁰. Toutefois, la date de naissance du droit réel doit aussi être examinée en fonction des règles de protection des tiers, notamment la bonne foi et la publicité foncière³¹.

L'article 3.5 Cciv organise la protection contre l'insolvabilité, à savoir le droit de préférence. Or, ce droit de préférence ne s'applique pas de manière uniforme à l'ensemble des droits réels visés par l'article 3.3 Cciv. Les droits réels de (co-)propriété ou d'usage vont avoir la possibilité d'échapper au concours naissant de l'insolvabilité de tiers alors que pour les sûretés réelles, on peut identifier un véritable droit de préférence face au concours³². Elles font donc partie de la masse créée par le concours, mais bénéficient d'un droit de priorité sur le résultat de la vente du bien grevé par la sûreté réelle³³.

d) La subrogation réelle

14. Le principe de la subrogation réelle reprend les mêmes idées que l'article 10 de la Loi Hypothécaire, abrogé par l'introduction du Livre 3³⁴. Il consacre une exception à l'article 3.15, 2° Cciv. Effectivement, le droit réel ne s'éteindra pas par la disparition de l'objet initial de ce droit, car il continuera à s'exercer sur l'objet qui le remplace, malgré le fait que l'objet soit un élément essentiel dans une relation juridique³⁵. Pour être appliquée, il faut que plusieurs conditions cumulatives soient remplies : (1) il faut un droit réel puisque eux seuls sont protégés, (2) l'objet principal doit avoir disparu par perte matérielle ou juridique, (3) il faut un lien de causalité entre l'objet principal et celui de remplacement, (4) l'objet de remplacement doit permettre au droit réel d'être utilement exercé et (5) la subrogation a un caractère subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne peut être utilisée que si aucun autre moyen ne peut

²⁸ P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 15, p. 27.

²⁹ S. BOUFLETTE et A. SALVE, *op.cit.*, 2021, pp. 18-19 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 38, p. 423 ; C. civ., art. 3.30.

³⁰ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 21, p. 28.

³¹ *Ibidem*

³² P. LECOCQ et R. POPA, *op.cit.*, 2020, n° 15, p. 27.

³³ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 22, p. 29 ; W. NEVEN et R. MASELIS, *op.cit.*, 2021, n° 1, p. 4.

³⁴ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 62, p. 441.

³⁵ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 39, p. 55.

permettre de conserver le droit réel³⁶. Nous nous intéresserons de manière plus approfondie à l'application de ce principe dans le cadre de l'hypothèque du droit réel d'emphytéose et de superficie.

2) Les droits réels d'usage : l'emphytéose et la superficie

2.1) Contexte historique

15. Lors de l'adoption du Code civil de Napoléon en 1804, le futur Royaume de Belgique était déjà sous domination française depuis près d'une dizaine d'années³⁷. Par conséquent, ce code fut appliqué en Belgique. Néanmoins, à la suite de la défaite de Napoléon en 1815, le Congrès de Vienne décida, pour affaiblir l'Empire français, d'annexer le petit territoire « belge » au Royaume des Pays-Bas. Rapidement, le législateur néerlandais prévint la mise en place d'un Code civil³⁸. Or, les discussions prirent du temps et retardèrent ce projet. Le Code civil de 1804 qui avait été utilisé jusqu'alors, était loin d'être complet puisque le législateur français avait fait le choix de consacrer le droit de propriété, d'usufruit, d'usage ou encore d'habitation, mais n'avait point prévu les droits d'emphytéose et de superficie qui selon lui auraient posés trop de problèmes. Ceci n'est pas sans rappeler sa peur depuis la fin de l'Ancien Régime de donner la possibilité de démembrer la propriété pour une longue durée³⁹.

Au vu de la lenteur du projet, il fut nécessaire pour le législateur néerlandais de rapidement mettre en place les deux lois du 10 janvier 1824, afin d'établir juridiquement les bases des droits réels d'emphytéose et de superficie déjà usités sur le territoire belge⁴⁰. Ces deux lois continuèrent à être exploitées en Belgique après notre indépendance jusqu'à l'entrée en vigueur du Livre 3 en 2021, sans subir de réelles grandes métamorphoses, si ce n'est la loi du 25 avril 2014, dont l'unique but était d'élargir la définition du droit de superficie⁴¹.

2.2) Le Livre 3 du Code civil de 2019

16. Entre la fin du 19^{ème} siècle et le début du 20^{ème}, ces deux droits réels utilisés à l'origine pour des exploitations agricoles, l'érection de construction ou encore la mise en valeur de terrain, perdirent manifestement leurs intérêts auprès de la population⁴². Peu à peu, on eut à nouveau

³⁶ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, n° 62, pp. 441 – 442 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 40, pp. 56- 57.

³⁷ J. BEAUFAYS et P. VERJANS, *Histoire politique et législative de la Belgique*, Liège, Université de Liège/Faculté de droit, 2008, p. 202.

³⁸ P. LECOCQ, « 4 – Emphytéose et superficie : Questions choisies », *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, Limal, Anthemis, 2022, p. 160.

³⁹ B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *Le nouveau droit des biens*, 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 321.

⁴⁰ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 160 ; P. LECOCQ e.a., « Examen de jurisprudence (2000 à 2020). Les biens - Troisième partie Les droits réels d'usage : servitude, usufruit, emphytéose et superficie », *R.C.J.B.*, 2022, n° 4, p. 1010.

⁴¹ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, pp. 160-161.

⁴² P. LECOCQ, (novembre 2009). *Chaire pour le droit continental à l'Université Keio. La propriété immobilière, son évolution et ses divisions*. Consulté le 10 décembre 2022 sur <https://www.fondationdroitcontinental.org/fr/wp->

recourt à ces droits réels à partir des années 60-70 pour des raisons économiques et, en particulier, en Belgique, pour mettre sur pied des projets immobiliers de grande ampleur⁴³. Effectivement, le fait que ces deux lois ne contiennent pratiquement que des dispositions supplétives, enthousiasma la pratique.

17. En réalité, il faut noter que l'emphytéose et la superficie sont des droits réels d'usage distincts. Malheureusement, à force de les articuler pour satisfaire les volontés de chacun, ces deux institutions ont fini par être confondues et mal utilisées, sans avoir égard à la nature de leurs spécificités⁴⁴. À titre d'exemple, un nombre certain de projets immobiliers furent réalisés non pas sous la forme de la superficie, mais plutôt sous celle de l'emphytéose, en raison de la limitation maximale du droit de superficie à une durée de 50 ans, alors que l'emphytéose était limitée à 99 ans⁴⁵.

La question de maintenir ou non ces deux droits réels d'usage a été soulevée par le législateur. Bien qu'il aurait été possible de fusionner les deux, cela n'a pas été fait, car le maintien de ces deux droits distincts permet de répondre à des besoins différents⁴⁶. Le droit de superficie est souvent utilisé pour des projets de construction à court terme, tandis que le droit d'emphytéose est plutôt destiné à des projets de longue durée, tels que des exploitations agricoles ou des projets immobiliers à grande échelle.

18. Le législateur a donc tenu à clarifier le cadre juridique de ces deux droits réels d'usage afin que la pratique en use de manière pertinente. Ainsi, ils pourront permettre une meilleure gestion de nos ressources. En effet, ils pourraient être une des potentielles réponses aux questions que nous évoquions en introduction, liées à l'augmentation de la densité de population, du prix des terrains, la diminution des espaces constructibles ainsi que les questions environnementales et climatiques⁴⁷. Les deux lois de 1824 ont dès lors été abrogées par la loi du 4 février 2020 et les Titres 7 et 8 contenant les dispositions sur respectivement l'emphytéose et la superficie sont intégrés au Code civil de 2019 en son Livre 3⁴⁸.

2.3) Le droit réel d'emphytéose

a) Définition et objet

[content/uploads/2013/12/propriete-immobiliere-pascale-lecocq.pdf](https://www.fgov.be/fr/content/uploads/2013/12/propriete-immobiliere-pascale-lecocq.pdf), p. 22 ; R. CARTON de TOURNAI et A. CHARLIER, « Renaissance de l'emphytéose et de la superficie », *Renaissance du phénomène contractuel*, CDVA, Liège, 1971, p. 148 : « De 1910 à 1965, 21 décisions de justices de paix ou de tribunaux civils ont été publiées dans les matières qui nous occupent (17 au sujet de l'emphytéose, 4 au sujet de la superficie » ; E. SANZOT, « Le financement des opérations de démembrement », *JURIM.*, 2009, n° 3, p. 29.

⁴³ R. CARTON de TOURNAI et A. CHARLIER, *op.cit.*, 1971, p. 148.

⁴⁴ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 161 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, p. 183.

⁴⁵ P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1013.

⁴⁶ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 418.

⁴⁷ P. LECOCQ, *op.cit.*, novembre 2009, p. 23.

⁴⁸ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, p. 183 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, 2020, pp. 403-404.

19. Le droit d'emphytéose demeure le droit réel d'usage le plus complet en termes d'étendue, permettant à l'emphytéote de jouir et d'user du bien d'autrui⁴⁹. Ainsi, il confère à son titulaire, en vertu de l'article 3.167 Cciv, la pleine jouissance d'un bien immeuble appartenant à autrui⁵⁰. L'article 5, alinéa 2 de la loi du 10 janvier 1824 stipulait déjà la possibilité pour l'emphytéote d'améliorer le bien grevé par des constructions, plantations ou ouvrages⁵¹. Cette liberté laissée à l'emphytéote, a cependant été rapatriée dans la définition de ce droit réel. Bien que l'emphytéote puisse construire ou planter, et même devenir temporairement propriétaire de ces ouvrages ou plantations, en vertu du concept de superficie-conséquence, cette faculté est accessoire et ne constitue pas l'essence du droit d'emphytéose. En revanche, le droit de superficie confère à son titulaire la propriété temporaire d'un volume sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui, dans le but d'y réaliser des ouvrages ou plantations⁵². En outre, la valeur de l'immeuble ne peut être diminuée à l'exception de l'usure normale ou d'un cas de force majeure. Selon l'article 3.167, l'emphytéote peut modifier la destination du bien grevé, à moins qu'une clause contraire ne soit incluse⁵³. Il s'agit de la seule possibilité, dans le Livre 3, de déroger à un élément constitutif prévu dans une définition⁵⁴.
20. La doctrine affirmait déjà avant la réforme, malgré quelques hésitations, la faculté de créer un droit d'emphytéose, non seulement sur un immeuble par nature, à savoir un fonds bâti ou non, en sursol comme en sous-sol, mais aussi sur des bâtiments, c'est-à-dire des immeubles par incorporation⁵⁵. De la sorte, il a été décidé de mentionner expressément le fait que l'emphytéose puisse porter sur un immeuble par incorporation, contrairement au principe d'unité prévu à l'article 3.8 Cciv⁵⁶. Il en résulte qu'une dérogation est faite à la règle selon laquelle un droit réel ne peut être établi isolément sur une partie d'un bien et s'étend à l'ensemble du bien⁵⁷.
21. En outre, l'Exposé des motifs du Livre 3 énonce clairement que le droit d'emphytéose ne peut être établi que sur des biens immobiliers corporels et qu'une « sous-emphytéose » portant sur un droit d'emphytéose, n'est pas envisageable⁵⁸. Toutefois, l'emphytéote, et non pas

⁴⁹ A. BROHEZ et C. ORBAN, « 2.3. L'emphytéose », *JURIM.*, 2022, n° 2-3, p. 240 ; A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 143.

⁵⁰ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, pp. 595-596.

⁵¹ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 167.

⁵² P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1013.

⁵³ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 143.

⁵⁴ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 596 : « Zo kan ook onder Boek 3 nog steeds een erfpacht toegestaan worden "voor de oprichting van een [cultureel centrum] [sportzaal] [bioscopencomplex] [rust- en verzorgingstehuis], zoals aangeduid op het plan in bijlage". Gezien hun uitzonderingskarakter moeten dergelijke clausules steeds restrictief worden geïnterpreteerd. ».

⁵⁵ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, pp. 170-171 ; C. MOSTIN, « Emphytéose et superficie. 1. Aspects civils », *L'emphytéose et la superficie*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 71.

⁵⁶ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 144 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 597.

⁵⁷ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 171.

⁵⁸ Exposé des motifs, pp. 312-313 : « On sait que, en revanche, la doctrine est divisée par rapport à la question si on peut constituer un droit d'emphytéose sur un droit réel (...) Il convient d'assurer à la fois la sécurité juridique et la flexibilité nécessitée par les besoins de la pratique. La définition proposée peut en effet être limitée à des biens immeubles par nature, y compris les volumes tels que visés au présent projet, et par incorporation car elle doit être lue en combinaison avec l'article suivant. Selon celui-ci, d'autres titulaires de droits réels d'usage et non point seulement le propriétaire d'un immeuble par nature ou par incorporation, peuvent, sur cet immeuble, dans

seulement le propriétaire du bien immobilier, a la possibilité de constituer un autre droit réel d'usage sur cet immeuble, dans la limite de ses droits en vertu de l'article 3.168 Cciv⁵⁹.

22. L'une des grandes nouveautés au niveau de l'emphytéose repose sur la fin de l'obligation de payer un canon. L'emphytéose était un droit réel à titre nécessairement onéreux puisque l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824 prévoyait « *la condition de ... payer une redevance annuelle* »⁶⁰. Cette redevance périodique avait initialement pour but d'empêcher les quelconques doutes autour du véritable propriétaire étant donné la longue durée de ce droit et que l'emphytéote ne puisse prétendre par le jeu de la prescription acquisitive, avoir obtenu la propriété⁶¹. En pratique, il fût néanmoins constaté que les parties au contrat d'emphytéose s'accordaient généralement non pas un canon significatif mais plutôt symbolique. C'est pourquoi le législateur a décidé de ne pas inclure le paiement d'un canon dans la définition de l'emphytéose. Cela signifie qu'il ne s'agit plus d'un élément essentiel du droit réel d'emphytéose et que les parties peuvent donc contractuellement décider de fixer ou non un paiement symbolique, unique, ...⁶².

b) Durée

23. Il convient de souligner que le droit d'emphytéose est un droit d'usage réel temporaire. En effet, il permet à son titulaire de jouir pleinement d'un bien immobilier pour une période, comprise entre 15 et 99 ans, conformément à l'article 3.169, alinéa 1 Cciv⁶³. Il s'agit là d'une modification apportée au plancher temporel de ce droit réel auparavant prévu à l'article 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose⁶⁴.

Il est important de noter que ces durées minimales et maximales sont d'ordre public, ce qui signifie que les parties ne peuvent les modifier malgré un quelconque accord⁶⁵. En d'autres termes, il n'est pas possible de conclure un accord qui prévoit une durée inférieure à 15 ans ou supérieure à 99 ans. La transgression de ces limites entraîne des sanctions qui ne sont pas expressément prévues dans le Livre 3. Pour le dépassement du plafond de 99 ans, on accueille fréquemment la réduction de la durée prévue conventionnellement à la durée maximale⁶⁶. Quant au non-respect de la durée minimale prévue dans un contrat d'emphytéose, la plupart des auteurs estiment qu'il est plus cohérent avec la volonté des parties de requalifier le contrat en bail plutôt que de la prolonger jusqu'à la durée maximale de 15 ans. Cette opinion

les limites de leur droit, constituer un droit d'emphytéose. Dans ce cas, la controverse sur la possibilité de constituer un droit d'emphytéose sur un autre droit réel perd beaucoup de son ampleur car d'autres combinaisons deviennent possibles si l'article 183 est adopté. »

⁵⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, p. 132.

⁶⁰ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 169.

⁶¹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, p. 136 ; P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1015.

⁶² L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, pp. 136-137.

⁶³ A. WYLLEMAN en J. BAECK., *op.cit.*, p. 144 ; P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 171 ; C. civ., art. 3.169.

⁶⁴ N. BERNARD, *op.cit.*, 2022, n° 12, p. 10.

⁶⁵ A. WYLLEMAN et J. BAECK., *op.cit.*, p. 144 ; Selon la majorité de la doctrine, l'article 17 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose était une disposition d'ordre public impérative.

⁶⁶ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 112, p. 147 ; M. MUYLLE, « Erfpacht », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, p. 451.

est justifiée par le fait que la durée est un élément essentiel du contrat. Néanmoins, les deux solutions évoquées sont possibles⁶⁷.

Le renouvellement est désormais explicitement autorisé sans quelconque restriction de cumul. Cependant, tout renouvellement tacite est exclu puisque l'accord exprès des parties est nécessaire pour renouveler⁶⁸.

24. Enfin, l'article 3.169, alinéa 2 Cciv stipule que l'emphytéose peut être exceptionnellement perpétuelle, si et seulement si elle est établie à des fins de domanialité publique. Cette faculté n'est accordée qu'au propriétaire du bien contrairement à ce que permet l'article 3.168 Cciv. Le cas échéant, cette emphytéose permet d'ériger des structures appartenant au domaine public dont la continuation est assurée aussi longtemps que le but et l'intérêt public persiste⁶⁹.

c) Droits et obligations des parties

25. L'emphytéote a droit, comme le prévoit l'article 3.172, alinéa 1 Cciv au plein usage et à la pleine jouissance tant matériels que juridiques. Ce droit est tout de même canalisé par l'obligation de ne pas porter atteinte aux autres droits existant sur l'immeuble⁷⁰. En outre, tant que l'emphytéote ne diminue pas la valeur de cet immeuble, il peut construire des ouvrages et plantations. De la sorte, en accordant un droit d'emphytéose, le tréfoncier accepte que l'accession soit différée et ainsi l'emphytéote dispose d'un droit de superficie-conséquence, à savoir de la propriété temporaire sur les ouvrages et plantations réalisés⁷¹. Grâce à son droit de propriété temporaire sur les constructions réalisées, l'emphytéote dispose des trois prérogatives du propriétaire : l'usus, le fructus et l'abusus. Il peut ainsi les démolir à sa guise, sauf si la réalisation de ces constructions lui avait été imposée⁷².

Puisque l'emphytéose bénéficie du pouvoir de disposition, il peut céder ou hypothéquer son droit comme le stipule l'article 3.171 Cciv, sous réserve d'éventuelles restrictions conventionnelles⁷³. L'emphytéote ne pourra cependant céder ou hypothéquer les ouvrages qu'il possède temporairement en vertu de son droit de superficie-conséquence, à moins qu'il ne fasse de même avec son droit d'emphytéose⁷⁴. La superficie-conséquence est l'accessoire du droit réel principal qui exceptionnellement ne peut en être dissocié (*voy. 10.*)⁷⁵.

Selon son obligation essentielle de ne pas diminuer la valeur du bien, l'emphytéote est responsable de l'entretien et de toutes les réparations de l'immeuble grevé, mais également des ouvrages et plantations obligés⁷⁶. Quant aux constructions érigées volontairement par

⁶⁷ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 175 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 113, p. 147 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 599.

⁶⁸ N. BERNARD, *op.cit.*, 2022, n° 16, p. 15.

⁶⁹ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 600.

⁷⁰ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 600.

⁷¹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, pp. 161-162.

⁷² V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, pp. 602-603.

⁷³ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 176 ; C. civ., art. 3. 171 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, p. 163.

⁷⁴ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, p. 164.

⁷⁵ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, p. 147.

⁷⁶ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 604 ; M. MUYLLE, *op.cit.*, 2021, p. 465.

l'emphytéote, celui-ci n'a l'obligation que de réparer ce qui est nécessaire pour l'exercice des autres droits d'usage sur l'immeuble et à nouveau de ne pas diminuer la valeur du bien grevé⁷⁷.

d) Modes spécifiques d'extinction

26. L'emphytéose se voit appliquer les modes généraux et spécifiques d'extinction prévus à l'article 3.15 et 3.16 Cciv⁷⁸. L'article 3.174 Cciv stipule par ailleurs que ces modes d'extinction sont également valables, même si la durée minimale légale de 15 ans de l'emphytéose n'est pas atteinte. Toutefois, l'extinction ayant lieu avant l'écoulement du délai minimal ne peut résulter de la volonté seule d'une des parties⁷⁹.

Enfin, comme nous l'évoquerons pour la superficie, le mécanisme de l'accession aura lieu avec l'extinction de l'emphytéose. Une certaine indemnisation est d'ailleurs maintenant prévue à la suite de cette accession à l'article 3.176 Cciv⁸⁰.

2.4) Le droit réel de superficie

a) Définition et objet

27. En vertu de l'article 3.177 Cciv, la superficie est définie de la sorte : « *Le droit de superficie est un droit réel d'usage qui confère la propriété de volumes, bâtis ou non, en tout ou partie, sur, au-dessus ou en dessous de fonds d'autrui, aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations.* »⁸¹. S'agissant d'une définition, les parties ne pourront pas s'en écarter⁸². À la différence de l'emphytéose, la superficie n'a pas pour vocation ultime d'attribuer au superficiaire un droit de pleine jouissance et de plein usage sur le bien immeuble d'autrui⁸³.

L'essence même du droit de superficie est d'entraîner la division temporaire du droit de propriété sur le bien immeuble du tréfoncier afin que le superficiaire puisse y réaliser des ouvrages, des plantations et par conséquent qu'il devienne le propriétaire de ce qu'il a construit⁸⁴. Dès lors, les ouvrages et les plantations édifiés pendant la durée de ce droit de superficie vont faire exception au principe de l'accession⁸⁵. Leur propriété ne sera pas rattachée à celle du fonds⁸⁶. Le fait, pour le superficiaire, de ne pas construire dans le volume

⁷⁷ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 178, on peut d'ailleurs noter cette phrase rédigée par le Professeur LECOCQ : « *c'est là le prix à payer pour permettre l'utilisation optimale d'une propriété immobilière dans sa dimension tridimensionnelle.* » ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 604.

⁷⁸ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 181.

⁷⁹ M. MUYLLE, *op.cit.*, 2021, p. 475 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 599.

⁸⁰ V. SAGAERT, « Het nieuwe goederenrecht en de eventuele impact op hun waardering », *T.A.A.*, décembre 2021, p. 42.

⁸¹ C. civ., art. 3.177.

⁸² C. civ., art. 3.1.

⁸³ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, p. 183 ; P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 185.

⁸⁴ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 134.

⁸⁵ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, p. 183 ; P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 185.

⁸⁶ À titre d'exemple : « *A possède une parcelle de terrain et y construit un bâtiment. Par la suite, A fait installer des panneaux solaires sur le toit du bâtiment. Si rien n'est prévu, les panneaux solaires seront 'ancrés'*

qui lui est attribué, pourrait entraîner la requalification ou l'extinction du droit de superficie pour non-usage⁸⁷.

En définitive, on peut définir le droit de superficie de la manière suivante : un droit de propriété (temporaire) sur le fonds d'autrui comprenant les constructions et plantations érigées, mais également le droit d'ériger des constructions et plantations⁸⁸.

28. Au niveau de l'objet, il y a lieu premièrement d'assimiler le fait que les objets du droit de superficie ne sont pas les ouvrages et plantations qui ont pu être érigés. Ceux-ci sont le résultat du droit de superficie⁸⁹. Aujourd'hui, l'objet du droit réel de superficie est considéré dans sa phase tridimensionnelle, or cela n'a pas toujours été le cas. L'article 1^{er} de la loi de 1824 sur le droit de superficie prévoyait ainsi un droit réel consistant à avoir des bâtiments, ouvrages ou plantations sur le fonds d'autrui⁹⁰. Cet article fut interprété par la doctrine et la jurisprudence afin d'appréhender les mots « sur » le fonds d'autrui. Une controverse, relative à la différence d'interprétation entre francophones et néerlandophones naquit : vu la signification du mot superficie, la partie francophone considérait que le droit de superficie ne concernait que le sursol, tandis que la signification néerlandophone visait également le sous-sol⁹¹.

L'application la plus large du droit de superficie a été préférée avec la loi du 25 avril 2014 qui a modifié l'article 1^{er} de la loi du 10 janvier 1824⁹². Était alors visé le fait d'avoir des bâtiments ou plantations sur, au-dessus, ou en dessous du fonds d'autrui. Une des principales nouveautés de la réforme est que les immeubles sont maintenant définis par le sol et le volume qui les composent⁹³. Effectivement, le législateur a précisé au sein de la définition du droit de superficie que celui-ci portait sur les volumes situés sur, au-dessus ou au-dessous du fonds d'autrui⁹⁴. Il y aura dès lors lieu de déterminer l'identification du volume visé tant de manière notariale que cadastrale⁹⁵. La réforme a également permis d'affirmer que le droit de superficie ne pouvait porter sur un droit. Il doit nécessairement porter sur une chose, qu'elle soit corporelle ou incorporelle, telle que le volume⁹⁶.

*juridiquement à l'immeuble conformément aux règles relatives à l'accession (art. 3.55 C. civ.). Par conséquent, les panneaux solaires feront partie du bâtiment et seront transférés, avec le terrain et le bâtiment, à l'occasion de la vente par A. Toutefois, si A, après la construction du bâtiment, accorde à X un droit de superficie sur le volume situé au-dessus du toit du bâtiment et que X installe ensuite des panneaux solaires sur le toit, à l'intérieur de ce volume, les panneaux solaires seront 'soustraits' au bâtiment et seront temporairement la pleine propriété de X. En accordant ce droit de superficie, l'accession est temporairement reportée et une division horizontale temporaire de la propriété s'opère entre l'immeuble et les panneaux solaires. X peut alors transférer les panneaux solaires en transférant son droit de superficie, séparément du terrain et du bâtiment. », L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 14, pp. 23-24.*

⁸⁷ N. CARETTE, « Opstalrecht », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, p. 489.

⁸⁸ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 610.

⁸⁹ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 611 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 138, p. 188.

⁹⁰ Loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, art. 1^{er}.

⁹¹ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 187.

⁹² Loi portant des dispositions diverses en matière de justice du 25 avril 2014, *M.B.*, 14 mai 2014.

⁹³ N. CARETTE, *op.cit.*, 2021, p. 491.

⁹⁴ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 134, p. 184.

⁹⁵ P. LECOCQ, e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1065.

⁹⁶ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 188.

29. Pour conclure, le fonds est l'objet du droit de superficie, mais envisagé dans l'intégralité de ses dimensions, c'est-à-dire tant horizontalement que verticalement⁹⁷. Selon nous, concevoir la propriété en volume pourrait améliorer la gestion de l'espace à l'avenir et optimiser chaque parcelle.

b) Durée

30. L'article 4 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie prévoyait une durée maximale de 50 ans. Avec la réforme, cette durée a été étendue à 99 ans. Le législateur a harmonisé les durées maximales de superficie et d'emphytéose pour empêcher les parties de contourner leur intention initiale de conclure un contrat de superficie en optant pour la longue durée de l'emphytéose⁹⁸. Cette durée est simplement impérative⁹⁹. À l'inverse du droit d'emphytéose, aucune durée minimale n'est prévue. Le droit de superficie peut être prorogé sans que la durée totale ne dépasse les 99 ans. On sera dès lors face au même droit de superficie sur le fonds d'autrui¹⁰⁰. Il peut également être renouvelé, mais il s'agira d'un nouveau droit réel¹⁰¹.

31. Cependant, il est exceptionnellement prévu que le droit de superficie puisse être perpétuel dans deux cas. La première exception est la même qu'en matière d'emphytéose. Ainsi, un droit de superficie pourra être perpétuel tant qu'il est établi à des fins de domanialités publiques¹⁰².

La deuxième exception est un élément majeur de la réforme du droit des biens. Elle permet de rendre le droit de superficie perpétuel, si le propriétaire du fonds a lui-même constitué ce droit et que ce droit a pour but de permettre la division en volumes d'un ensemble immobilier complexe et hétérogène¹⁰³. À la différence du droit français, il ne s'agit pas d'un droit de propriété à part entière sur le fonds d'autrui. En effet, le législateur belge a choisi de ne pas créer de nouveaux droits réels, mais de garder le droit de superficie en ce que celui-ci est un droit réel d'usage qui, certes peut être occasionnellement perpétuel, mais qui se voit appliquer toutes les conséquences liées au droit de superficie¹⁰⁴. Ainsi, on appliquera par exemple les modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage prévus à l'article 3.16 Cciv, à un droit de superficie perpétuel ce qui ne serait pas le cas face au droit de propriété de l'article 3.50 Cciv¹⁰⁵. Le caractère perpétuel du droit de superficie est conditionné à la constante réalisation de ses conditions, sans quoi sa durée sera limitée à 99 ans¹⁰⁶.

⁹⁷ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 187.

⁹⁸ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 149, p. 199.

⁹⁹ J-F. ROMAIN, « Titre 8 - La nouvelle dimension de la superficie », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, n° 48, p. 412.

¹⁰⁰ P.-Y. ERNEUX et E. FRANSSSENS, « Chapitre 9 - Le droit de superficie réformé - Commentaire des aspects importants pour la pratique notariale », *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 390.

¹⁰¹ P.-Y. ERNEUX et E. FRANSSSENS, *op.cit.*, 2021, p. 392.

¹⁰² L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 169, p. 217 ; A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 137.

¹⁰³ V. SAGAERT, *op.cit.*, 2020, n° 1-2, p. 611.

¹⁰⁴ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 194.

¹⁰⁵ C. civ., art. 3.16 ; C. civ., art. 3.50.

¹⁰⁶ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 137.

c) Superficie-conséquence

32. La superficie-conséquence est l'une des grandes nouveautés mise en place par le Livre 3 du Code civil. Effectivement, même si ce principe était déjà reconnu et accepté dans la pratique, il n'était pas encore inscrit dans la loi¹⁰⁷.
33. Il est important de faire la distinction entre le droit de superficie principal, indépendant, et le droit de superficie-conséquence¹⁰⁸. Nous l'avons déjà dit, le droit de superficie peut être formé par un acte juridique, par la loi ou encore par la prescription acquisitive afin d'opérer une division temporaire de la propriété¹⁰⁹. Or, le droit de superficie peut naître comme étant la conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère le droit d'y réaliser des ouvrages et plantations¹¹⁰. Il y a lieu de se référer à la définition de la superficie, puisque celui qui construit ou plante sur le fonds d'autrui en vertu d'un droit d'usage, aura la pleine propriété de ces ouvrages en vertu du droit de superficie-conséquence du droit d'usage dont il est titulaire¹¹¹. Le principe de l'accession sera ainsi également écarté jusqu'à ce que le droit d'usage prenne fin¹¹². La superficie-conséquence va être mise au service d'un droit d'usage qu'on appellera droit principal et se verra appliquer le même régime et la même durée que celui-ci¹¹³. Ce droit principal peut être un droit réel (emphytéose, usufruit, servitude), un droit personnel (un bail) ou encore un droit administratif (une concession)¹¹⁴. Comme son nom l'indique, ce droit de superficie est la conséquence d'un droit duquel il est indissociable¹¹⁵. Dès lors, cette conséquence et les ouvrages découlant de celle-ci, ne peuvent être saisis, cédés ou hypothéqués isolément du droit principal¹¹⁶.
- Enfin, il est important de noter la supplétivité de l'article 3.182 Cciv, permettant ainsi aux parties d'écartier ou de modéliser le droit de superficie-conséquence¹¹⁷.

d) Droits et obligations du superficiaire

34. L'article 2 de la loi sur le droit de superficie du 10 janvier 1824, prévoyait la possibilité pour le superficiaire de céder ou hypothéquer ce droit¹¹⁸. Cette hypothèse est reprise dans l'article 3.183 Cciv¹¹⁹. Sauf convention contraire des parties, le superficiaire peut aliéner ou hypothéquer les volumes, les ouvrages ou plantations dont il est propriétaire, mais il ne peut

¹⁰⁷ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 173, p. 227.

¹⁰⁸ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 140.

¹⁰⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 173, p. 227.

¹¹⁰ *Ibidem* ; C. civ., art. 3.182 ; J. TERFVE et J. NOEL, « 2.4. Superficie : constitution, cession, extinction », *JURIM*, 2022, nr. 2-3, p. 302.

¹¹¹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 174, p. 228.

¹¹² L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 120, p. 167.

¹¹³ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 162.

¹¹⁴ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 139.

¹¹⁵ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 177, p. 229

¹¹⁶ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 199.

¹¹⁷ C. civ., art. 3.182 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, 2020, p. 628 ; N. CARETTE, *op.cit.*, 2021, p. 512.

¹¹⁸ Article 2 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

¹¹⁹ P.-Y. ERNEUX et E. FRANSSSENS, *op.cit.*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 402.

le faire indépendamment de son droit de superficie. Il peut également les grever d'un droit réel d'usage ou d'un droit personnel dans les limites de son droit de superficie principal¹²⁰.

35. L'objectif principal du superficiaire est d'ériger des ouvrages et plantations dans le volume visé par le droit de superficie. Pendant toute la durée de son droit, il sera le propriétaire du volume sur lequel porte son droit de superficie, mais également des ouvrages qu'il a réalisés ou acquis¹²¹. Il pourra donc exercer sur ce volume ou ces ouvrages les pouvoirs du propriétaire, c'est-à-dire l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, pour autant qu'il respecte les autres droits portant sur le même objet que son droit de superficie¹²². Il lui serait donc possible, en principe, de démolir ce qu'il a construit durant le cours de son droit de superficie. Cependant, il n'aura pas droit à la démolition, si l'érection de ceux-ci lui était imposée légalement ou contractuellement¹²³.
36. En vertu de l'article 3.185 Cciv, le superficiaire est tenu des charges et impositions liées aux volumes, ouvrages et plantations dont il est propriétaire (temporairement). Le tréfoncier quant à lui, est chargé de payer pour ce dont il est encore pleinement propriétaire, à savoir un volume pour lequel la propriété ne serait pas démembrée¹²⁴. Il en va de même pour ce qui est de l'entretien et des grosses réparations. Néanmoins, ils doivent également réaliser les réparations qui sont nécessaires à l'exercice des autres droits d'usage existants¹²⁵.

e) Extinction

37. La superficie, tout comme l'emphytéose, s'éteint par les modes généraux prévus à l'article 3.15 Cciv ainsi que par les modes spécifiques d'extinction des droits réels d'usage prévus à l'article 3.16 Cciv¹²⁶. Il est important de souligner que dans le cas de la superficie, l'article 3.186 Cciv dispose que le droit de superficie ne s'éteindra pas suite à la disparition des ouvrages et plantations¹²⁷. En effet, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 3.15, 2° Cciv face à une telle disparition, puisque le véritable objet du droit de superficie est le volume dont le superficiaire est momentanément propriétaire¹²⁸. L'article 3.187 Cciv reprend quant à lui la même nouveauté qu'en matière d'emphytéose. Dès lors, le juge pourra ordonner l'extinction du droit de superficie pour cause de toute perte d'utilité, même future ou potentielle¹²⁹.

L'extinction d'un droit réel de superficie aura pour effet que le droit de propriété du volume ainsi que celui des ouvrages ou plantations réalisées ou acquises du superficiaire sera transmis

¹²⁰ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 140.

¹²¹ C. civ., art. 3.184 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 109, p. 148.

¹²² A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 141 ; V. SAGAERT, *op.cit.*, n°1-2, 2020, p. 627.

¹²³ V. SAGAERT, *op.cit.*, n°1-2, 2020, p. 627.

¹²⁴ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 158, p. 206.

¹²⁵ V. SAGAERT, *op.cit.*, n°1-2, 2020, p. 611.

¹²⁶ C. civ., art. 3.15 et 3.16 ; L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 109, p. 153.

¹²⁷ C. civ., art. 3.186.

¹²⁸ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 109, p. 153.

¹²⁹ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 201.

au tréfoncier. Effectivement, l'accession, comme évoquée précédemment, ne se déroule pas pendant la durée du droit de superficie¹³⁰.

3) Les sûretés réelles

1. L'hypothèque

38. L'hypothèque est définie par l'article 41 de la loi hypothécaire de manière peu complète¹³¹. Il existe différentes catégories d'hypothèques, à savoir légales, conventionnelles ou testamentaires¹³².

a. Caractéristiques

2.1. Droit réel

39. En résumé, l'article 3.3, alinéa 4 du Code civil stipule que l'hypothèque est considérée comme un droit réel, étant donné qu'elle constitue une sûreté réelle¹³³.

Contrairement aux droits réels d'emphytéose ou de superficie, l'hypothèque n'est pas un démembrement de la propriété. Les sûretés réelles ne confèrent pas à leur titulaire le droit d'utiliser, de jouir ou de disposer d'un bien comme la propriété, la copropriété ou les droits réels d'usage. Elles ont plutôt pour but de donner une plus grande certitude de paiement de la créance à leur titulaire¹³⁴. De la sorte, le débiteur se voit limiter dans son usage normal, mais il garde pleinement la possession du bien¹³⁵. Face à un débiteur qui aliénerait son bien ou le grèverait d'un autre droit réel au profit d'un tiers, l'hypothèque suivra le bien « en quelques mains qu'il passe » en vertu de son droit de suite¹³⁶.

40. Tel que nous l'avons déjà exposé, le titulaire d'une hypothèque sera payé en priorité sur les autres créanciers en vertu de son droit de préférence sur le prix de réalisation¹³⁷. En effet, l'hypothèque confère à son créancier un droit de préférence sur le prix de la réalisation du

¹³⁰ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 142.

¹³¹ Afin de ne pas surcharger notre exposé, nous utiliserons les lettres « LH » pour désigner la loi hypothécaire ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4e édition, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 279 : « L'hypothèque est un droit réel immobilier, accessoire d'une créance, qui n'entraîne pas dépossesion du débiteur et permet au créancier hypothécaire de se faire sur le prix de réalisation de l'immeuble grevé, en quelques mains qu'il se trouve, par préférence aux autres créanciers ».

¹³² M. GREGOIRE, « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *JURIM*, 2009, n° 3, p. 112 ; Dans le cadre de cet exposé, nous ne nous intéresserons qu'à l'hypothèque contractuelle.

¹³³ K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2^e uitg, Antwerpen Maklu, 2005, n° 610, p. 561.

¹³⁴ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, pp. 171-172.

¹³⁵ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 280.

¹³⁶ Loi hypothécaire, art. 41, alinéa 3 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 610, p. 561 ; F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 281.

¹³⁷ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, pp. 171-172 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 610, p. 564.

bien par rapport aux créanciers chirographaires¹³⁸. Cette singularité est l'une des caractéristiques communes à l'ensemble des sûretés réelles et non pas aux droits réels¹³⁹. Cependant, dans le cas où deux ou plusieurs créanciers auraient une hypothèque sur le même bien, il est nécessaire de régler leur conflit par l'application de la règle de l'antériorité¹⁴⁰. En inscrivant son hypothèque, le créancier la rend opposable aux tiers, à savoir également les autres créanciers.

2.2. Un droit accessoire

41. Une sûreté réelle a pour objectif d'assurer l'exécution d'une créance et est ainsi toujours l'accessoire de cette créance qu'elle garantit¹⁴¹. En d'autres termes, l'hypothèque partage le sort de la créance principale attendu qu'elle ne peut exister seule (*voy. 10.*)¹⁴². Conformément à nos propos antérieurs, l'extinction de la créance s'applique nécessairement à l'hypothèque. Il est tout de même essentiel de rappeler dans le cadre de la question que nous évoquons, qu'une créance garantie peut être future en matière d'hypothèque conventionnelle. La question de savoir comment admettre la validité de l'accessoire alors que la créance principale n'existe pas encore, a fait l'objet de nombreux arrêts, dont l'arrêt Mengal de la Cour de cassation du 28 mars 1978¹⁴³. Il en ressort qu'il est seulement nécessaire que la créance puisse être déterminée ou suffisamment déterminable au moment de la constitution de la sûreté¹⁴⁴.

2.3. Un droit immobilier

42. Malgré le fait qu'elle ait pour but de garantir une créance, c'est-à-dire un droit, théoriquement, mobilier, l'hypothèque se révèle être un droit de nature immobilière en vertu de son assiette¹⁴⁵. Certains meubles sont parfois visés lorsqu'ils sont devenus immeubles par incorporation ou par destination économique.

b. Les biens susceptibles d'hypothèques

43. De fait, cette sûreté porte uniquement sur des biens immeubles¹⁴⁶. Elle porte sur le droit que la personne a sur l'immeuble et non sur l'immeuble lui-même. Il est donc préférable de parler de l'hypothèque d'un droit de propriété, d'emphytéose ou de superficie sur l'immeuble¹⁴⁷.

¹³⁸ K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 610, p. 564.

¹³⁹ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 281.

¹⁴⁰ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 116.

¹⁴¹ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, pp. 171-172 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 610, p. 562 ; F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 282.

¹⁴² M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 44, p. 125.

¹⁴³ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, pp. 107-111.

¹⁴⁴ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 45, p. 125 ; Cass., 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 776 : « les créances futures ont un caractère suffisamment déterminé ou déterminable si la convention instituant la sûreté permet de les définir et s'il résulte des éléments de la cause qu'elles sont effectivement de celles que les parties avaient entendu assortir de la garantie » ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 617b, p. 574.

¹⁴⁵ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 284.

¹⁴⁶ Loi hypothécaire, art. 41 et 45.

¹⁴⁷ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 285.

Seuls les biens immobiliers qui sont dans le commerce, sont susceptibles d'être hypothéqués¹⁴⁸.

Il est important de faire la distinction entre la créance, qui est le droit principal sur lequel l'hypothèque est basée en tant qu'accessoire, et le bien immobilier sur lequel l'hypothèque porte, qui est donc l'assiette de l'hypothèque. En général, une hypothèque ne peut pas porter sur des biens futurs, mais il y a une exception pour les biens en construction, sous certaines conditions¹⁴⁹. Le constituant de l'hypothèque doit être le titulaire d'un droit réel ou personnel lui permettant de construire d'une part et, d'autre part, la construction doit avoir été projetée sur plans ou commencée. Le débiteur hypothécaire doit déjà disposer d'un droit actuel sur le bien en question¹⁵⁰.

44. Évidemment, l'hypothèque peut être établie sur différents types de droits¹⁵¹. Les droits réels démembés tels que l'emphytéose ou la superficie peuvent également être hypothéqués. Cependant, il est important de noter que l'hypothèque est un droit réel accessoire qui prend fin lorsque le droit sur lequel elle porte arrive à son terme ou lorsque son assiette disparaît. Ainsi, une hypothèque grevant des droits réels d'emphytéose et de superficie est assez précaire vu la nature temporaire de ces droits réels¹⁵². Ce sujet sera abordé plus en détail dans la deuxième partie de l'exposé.

c. L'assiette de l'hypothèque

45. Venons-en maintenant à examiner la portée concrète de l'hypothèque sur le bien grevé, généralement nommée l'assiette de l'hypothèque. Ainsi les droits d'emphytéose et de superficie qui nous intéressent, peuvent être l'assiette d'une hypothèque¹⁵³.

L'article 45, alinéa 2 LH stipule que « *l'hypothèque s'étend aux accessoires réputés immeubles et aux améliorations survenues à l'immeuble hypothéqué* »¹⁵⁴. Des suites de la réforme, il y a lieu d'analyser l'alinéa évoqué à l'aide des articles 3.9 et 3.47 Cciv définissant les accessoires, les immeubles par nature, par incorporation et par destination.

Au sujet de l'étendue aux améliorations, toutes les améliorations apportées à l'immeuble sont automatiquement intégrées à l'assiette de l'hypothèque, même si elles sont effectuées ultérieurement à sa constitution¹⁵⁵. Cette question sera analysée aux travers des problèmes rencontrés par l'hypothèque des droits réels d'usage.

¹⁴⁸ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 58, p. 131 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 620, p. 577 ; F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 286 ; M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 58-59, p. 131.

¹⁴⁹ Loi hypothécaire, art. 78, alinéa 2 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 620, p. 583.

¹⁵⁰ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 93-94, pp. 139-140 ; A. KLUYSKENS, « *Beginselen van burgerlijk recht* », VI, *Voorrechten en hypothecken*, p. 240, n° 248 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 620, p. 584.

¹⁵¹ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 76-77, p. 135 ; F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, pp. 287-288 ; Loi hypothécaire, art. 45bis.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ E. SANZOT, *Les droits réels démembés : aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2008, p. 82.

¹⁵⁴ Loi hypothécaire, article 45, alinéa 2 ; F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 290 ; M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 85-92, pp. 137-139 ; K. BYTTEBIER et K. HENDRICKX, *op.cit.*, 2005, n° 620, pp. 597-598.

¹⁵⁵ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 86, p. 137.

d. La subrogation réelle

46. Les sûretés sont soumises au mécanisme de la subrogation réelle prévu à l'article 3.10 Cciv. En pratique, cela implique que si le bien sur lequel porte la sûreté s'éteint et qu'un autre bien le remplace, elle continuera d'exister sur le bien de remplacement¹⁵⁶.

e. L'extinction

47. En tant qu'accessoire de la créance qu'elle garantit, l'hypothèque prendra fin par l'extinction de cette créance. En dehors, des causes affectant la créance garantie, on peut évoquer celles propres à l'hypothèque telle que la prescription trentenaire, la purge, la mainlevée ou encore la dénonciation. Néanmoins, celle qui intéresse notre contribution est la disparition de l'assiette de l'hypothèque¹⁵⁷.

II. L'HYPOTHÈQUE DE CES DROITS RÉELS D'USAGE ET LEUR BANKABILITÉ

48. Nous venons ainsi de décrire les notions centrales de notre exposé. En conséquence, les interrogations suivantes se posent : Est-ce que la banque peut bénéficier de l'utilisation d'une hypothèque de manière efficace ? Quelles sont les prérogatives de la banque en cas de défaillance de l'emprunteur ? Quels sont les risques encourus par la banque lorsqu'elle finance l'achat d'un actif dont la propriété est démembrée ? Y a-t-il d'autres options de financement, en dehors du crédit bancaire, qui peuvent aider ou faciliter le financement d'acquisitions d'actifs dont la propriété est démembrée¹⁵⁸?

1) L'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficte

1.1) La constitution de l'hypothèque

49. Tel que nous l'avons mentionné dans la première partie, il est possible de grever un droit réel d'usage (auparavant dénommé droit réel démembré) d'une hypothèque. Selon l'article 3.6, alinéa 1^{er} Cciv, le titulaire d'un droit réel en dispose et ainsi peut le grever d'une hypothèque¹⁵⁹. Cette possibilité est également spécifiquement prévue par les articles 3.171 et 3.183¹⁶⁰. Il faut néanmoins préciser que ces articles sont supplétifs, les parties peuvent ainsi y déroger, sans toutefois dénaturer leur droit¹⁶¹.

¹⁵⁶ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, pp. 171-172.

¹⁵⁷ M. GREGOIRE, *op.cit.*, 2009, n° 188-189, p. 176.

¹⁵⁸ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 32.

¹⁵⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 188, p. 243.

¹⁶⁰ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 189, p. 245.

¹⁶¹ B. PIRLET, « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 362.

De surcroît, l'emphytéote a un droit de superficie-conséquence lié à son droit d'emphytéose sur les ouvrages et plantations qu'il a réalisés. Ce droit de superficie-conséquence lui donne temporairement la propriété des constructions qu'il a construites pendant la durée de son droit, ce qui pourrait ainsi lui permettre de les hypothéquer. Cependant, selon l'article 3.182, alinéa 2 du Code civil, les droits de superficie-conséquence ne peuvent pas être hypothéqués indépendamment du droit d'emphytéose dont ils découlent¹⁶². En conséquence, l'assiette de l'hypothèque devra nécessairement contenir le droit d'emphytéose pour pouvoir grever également les constructions¹⁶³.

50. Malgré tout, nous devons souligner la réelle précarité d'une telle sûreté réelle ayant pour assiette un droit réel d'emphytéose ou de superficie¹⁶⁴. Effectivement, diverses complications découlent de la nature même de ces droits réels d'usage, de leurs effets ou encore de leur mise en œuvre. À titre d'exemple, nous pouvons déjà noter que cette hypothèque sera limitée à la durée du droit qu'elle greève, comme le précise l'article 45, alinéa 1^{er}, 2^o¹⁶⁵.

1.2) Divers problèmes

L'hypothèque sur le droit réel de jouissance et sur les constructions présente cependant des difficultés.

a. La prorogation et le renouvellement

51. Tant l'article 3.169, alinéa 1^{er} que l'article 3.180, alinéa 1^{er} Cciv prévoient la possibilité pour les parties de proroger leur droit réel d'emphytéose ou de superficie ou de renouveler leur accord de manière expresse¹⁶⁶. Il y a lieu de différencier ces deux notions afin de comprendre ce qui pourrait poser un souci au niveau d'une éventuelle hypothèque de ces deux droits réels d'usage.

La prorogation est un mécanisme qui permet de prolonger la durée du contrat d'emphytéose ou de superficie déjà existant, sans pour autant permettre que la durée maximale ne puisse être dépassée¹⁶⁷.

Quant au renouvellement, il donne la possibilité aux parties de conclure une nouvelle convention faisant suite à la précédente, qui donnera naissance à un nouveau droit réel. En outre, il est nécessaire que les mêmes parties que celles impliquées à la fin du droit précédent soient à nouveau impliquées. Enfin, le renouvellement ne peut avoir lieu qu'à l'expiration de la durée de validité du droit précédent¹⁶⁸.

¹⁶² L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2023, n° 199, p. 253.

¹⁶³ E. SANZOT, *op.cit.*, 2008, p. 82.

¹⁶⁴ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 289.

¹⁶⁵ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 33.

¹⁶⁶ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 176.

¹⁶⁷ N. BERNARD, *op.cit.*, 2022, n° 16, p. 15.

¹⁶⁸ M. MUYLLE, *op.cit.*, 2021, p. 458.

52. Ainsi, lorsqu'un droit d'emphytéose ou de superficie est renouvelé, un nouveau droit réel est établi avec une nouvelle durée maximale de 99 ans. Cela signifie que l'ancien droit d'emphytéose ou de superficie prendra nécessairement fin. L'hypothèque grevant l'un de ces droits réels s'éteindra également à la suite de la disparition de son assiette. Ainsi, il faudra constituer une nouvelle hypothèque sur le droit d'emphytéose ou de superficie renouvelé, ce qui entraînera des frais. Contrairement au renouvellement, la prorogation permet à l'hypothèque existante de continuer à grever le droit d'emphytéose ou de superficie prorogé¹⁶⁹.

b. L'étendue de l'hypothèque

53. Au sujet de l'étendue de l'hypothèque (voy. 45.), nous pouvons notamment songer à l'arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 2001¹⁷⁰. L'hypothèque s'étend aux améliorations faites sur le bien. Ainsi, si l'emphytéote ou le superficiaire accorde une hypothèque à son créancier sur son droit d'emphytéose ou de superficie, l'assiette de celle-ci s'étend aux ouvrages ou plantations qui seraient réalisés pendant la durée d'un de ces droits réels d'usage. Un problème survient quand le propriétaire du fonds grevé d'un droit réel d'usage, a lui-même consenti une inscription hypothécaire sur son terrain, au profit de son propre banquier.

La question de cet arrêt de 2001, était de savoir si une hypothèque consentie au créancier du tréfoncier couvrait également les améliorations ultérieures apportées à cet immeuble par le superficiaire. La Cour de cassation a tranché en faveur d'une interprétation large, affirmant que l'hypothèque constituée par le tréfoncier s'étendait aux améliorations apportées par un superficiaire, même si elles n'existaient pas au moment de la constitution de l'hypothèque. De la sorte, les droits réels accordés par le tréfoncier et transcrits après l'inscription de l'hypothèque ne sont pas opposables au titulaire de l'hypothèque. À l'inverse, l'hypothèque inscrite après la transcription du droit d'emphytéose ou de superficie, ne s'étendra aux nouvelles constructions que lorsque le tréfoncier en deviendra propriétaire par le mécanisme de l'accession¹⁷¹. En conclusion, le superficiaire ne pouvait pas revendiquer la propriété des constructions qu'il a érigées, car son droit de superficie n'a été inscrit qu'après l'inscription de l'hypothèque du créancier hypothécaire du tréfoncier¹⁷². Ils présentent tous deux la qualité de tiers protégé des articles 3.17 et 3.30 Cciv, le conflit doit effectivement se résoudre par l'antériorité de la formalité requise¹⁷³.

De tels conflits d'hypothèques peuvent donc affecter négativement le créancier hypothécaire qui ne serait pas au premier rang quant aux constructions liées au projet immobilier qu'il a financé. Effectivement si le tréfoncier a accordé une hypothèque et l'emphytéote ou le superficiaire en a également accordé une, il faudra s'en référer aux inscriptions hypothécaires afin de déterminer laquelle est antérieure à l'autre.

¹⁶⁹ A. WYLLEMAN et J. BAECK, *op.cit.*, 2023, p. 137.

¹⁷⁰ Cass., 15 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, pp. 1142-1145 ; Y. HERINCKX, « Les emphytéoses, superficies et usufruits sont-ils des actifs bancables ? », *RGEN*, 2004, n° 10, p. 437.

¹⁷¹ P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, R. POPA et A. SALVE, *Manuel de droit des biens — Tome 2: Les droits réels démembrés*, 2016, pp. 494-495.

¹⁷² P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, R. POPA et A. SALVE, *op.cit.*, 2016, p. 422.

¹⁷³ *Ibidem*

c. Résiliation du droit réel d'usage en cas de faillite

54. L'ancien article 46 de la loi sur les faillites donnait au curateur le pouvoir de mettre fin aux contrats en cours, alors même qu'ils étaient opposables à la masse¹⁷⁴. La Cour de cassation a ainsi été amenée à connaître d'une question relative à cet article suite à un pourvoi en cassation dirigé contre les différents arrêts de la Cour d'appel de Gand¹⁷⁵.
55. L'arrêt du 3 décembre 2015 de la Cour de cassation concernait la faillite du tréfoncier dans laquelle le curateur avait décidé de mettre fin à un droit de superficie financièrement onéreux selon lui pour la masse faillie¹⁷⁶. Les parties avaient contesté cette décision en argumentant que l'article 46 de la loi sur les faillites ne permettait pas au curateur de mettre fin aux contrats qui créent un droit réel, comme un droit d'emphytéose ou de superficie. La question soulevée était de savoir si le curateur pouvait résilier ce droit réel de superficie encore en cours pour une longue période¹⁷⁷.
56. La Cour de cassation a confirmé que le curateur dans le cadre d'une faillite avait la possibilité de mettre fin aux contrats en cours conclus par le failli, même si cette convention conférait des droits opposables à la masse, tel qu'un droit réel de superficie. Ainsi, le curateur pouvait mettre fin aux conventions faisant naître un droit réel¹⁷⁸. De la sorte, la Cour n'a pas pris en compte les caractéristiques particulières des droits réels lorsqu'elle les a assimilés aux droits personnels en vue d'appliquer l'article 46¹⁷⁹. Cependant, les prérogatives des droits réels s'appliquent de manière égale aux droits réels principaux et aux droits réels accessoires. L'hypothèque en tant que droit réel accessoire et sûreté réelle a pour objectif de garantir le créancier contre la faillite de son débiteur. Le fait de permettre au curateur de résilier un contrat d'hypothèque, priverait cette sûreté de tout intérêt. Cela n'a d'ailleurs jamais été accepté ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Ainsi, il est peu compréhensible de réserver un traitement différent aux droits réels d'emphytéose et de superficie, qui sont des droits de mêmes natures. Comme l'a très justement épinglé B. PIRLET : « *ce raisonnement heurte de plein fouet notre conception des droits réels, ce qui se matérialise par le fait qu'une telle solution équivaldrait non seulement à nier aux droits réels leur droit de suite et de préférence, mais également à priver les emphytéotes d'un droit réel suffisamment stable pour être hypothéqué, caractéristique pourtant essentielle d'un droit réel immobilier.* »¹⁸⁰.
57. Il convient de souligner que le législateur est venu remettre de l'ordre avec l'article XX. 139, §1^{er} du Code de droit économique : « *Cette décision ne peut porter atteinte aux droits réels de*

¹⁷⁴ Loi sur les faillites, art. 46, ancien.

¹⁷⁵ Cass., 3 décembre 2015, « 1. Recht van opstal – Onbepaalde duur – Herleiding tot wettelijke maximumduur van 50 jaar 2. Recht van opstal – Beeindigingsgronden – Faillissement van de opstalgever », *T.B.O.*, 2016, nr. 4, pp. 317-318.

¹⁷⁶ A. ZENNER, *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2019, n° 1583, p. 1118.

¹⁷⁷ Cass., 3 décembre 2015, *Pas.*, 2015, nr. 13, pp. 51-52.

¹⁷⁸ A. ZENNER, *op.cit.*, 2019, n° 1583, p. 1118.

¹⁷⁹ B. PIRLET, « Application de l'article 46 de la loi sur les faillites au contrat d'emphytéose : réflexion sur la nature des droits réels à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 », *RDC-TBH.*, 2017, nr. 7, p. 708.

¹⁸⁰ B. PIRLET, *op.cit.*, 2017, nr. 7, p. 729.

tiers opposables à la masse »¹⁸¹. Cela signifie qu'avant la déclaration de faillite, si les conditions d'opposabilité à la masse sont remplies, le cocontractant du failli a le droit de conserver tous les droits réels tels que la superficie et l'emphytéose que lui auraient accordé le failli. Ces droits ne sont pas inclus dans la masse à liquider pour payer les créanciers de la faillite¹⁸². De la sorte, cet article comporte une modification de fond en ce qu'il diverge de la décision de la Cour de cassation¹⁸³. Cette nouveauté a amélioré la sécurité de l'emphytéose et la superficie et, par conséquent, leurs possibilités de servir de garantie hypothécaire¹⁸⁴.

d. L'extinction anticipée

58. Il est vrai que le débiteur de l'hypothèque continue d'avoir l'usage, la jouissance et la libre disposition de l'immeuble grevé d'hypothèque, mais il est nécessaire qu'il assure la protection de la valeur de l'assiette affectée afin de ne pas porter atteinte à cette sûreté¹⁸⁵. Le créancier hypothécaire et le créancier hypothécaire ont quant à eux chacun des droits qui peuvent être opposés à l'autre partie. Cependant, le droit du créancier existant avant la constitution de l'hypothèque, il bénéficie de l'antériorité, ce qui lui donne la priorité¹⁸⁶. Ainsi, en consentant une hypothèque qui empêcherait le créancier de récupérer sa propriété pleine et entière au moment de son choix, l'emphytéote réduirait les droits du créancier¹⁸⁷. Comme le mentionnait Y. HERINCKX : « En réalité, le créancier qui obtient une hypothèque sur une emphytéose ou une superficie doit prendre cette emphytéose ou cette superficie avec toutes les modalités contractuelles ou légales dont elle est affectée : ceci inclut tant les modalités, entraînant son expiration à l'échéance contractuelle normale que celles qui peuvent entraîner son expiration avant terme. »¹⁸⁸.

Nous avons déjà développé à plusieurs reprises que la fin du droit réel d'usage entraîne effectivement l'extinction de l'hypothèque¹⁸⁹. Dans le cas où le droit d'emphytéose ou de superficie est annulé, l'assiette même de l'hypothèque disparaît. L'hypothèque ne peut donc plus être exécutée, car il n'y a plus de droit réel qui peut être réalisé de force¹⁹⁰. L'extinction anticipée est une réelle source de problèmes pour le créancier hypothécaire et le titulaire du droit réel d'usage qui cherchent à obtenir un financement¹⁹¹. Pendant de nombreuses années, elle fut un sujet intarissable et notamment en ce qui concerne les hypothèses d'extinction anticipée avant même l'écoulement du délai minimal d'une emphytéose¹⁹². Il eut également

¹⁸¹ B. PIRLET, *op.cit.*, 2017, nr. 7, p. 709 ; C.D.E, art. XX.139. §1er.

¹⁸² A. ZENNER, *op.cit.*, 2019, n° 1585, p. 1119.

¹⁸³ A. ZENNER, *op.cit.*, 2019, n° 1585, p. 1118.

¹⁸⁴ B. PIRLET, *op.cit.*, 2020, p. 323.

¹⁸⁵ F. T'KINT, *op.cit.*, 2004, p. 318.

¹⁸⁶ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 7, p. 438.

¹⁸⁷ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 7, p. 439.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 444 ; Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 6, p. 437 ; Loi hypothécaire, article 45, alinéa 2.

¹⁹⁰ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 36.

¹⁹¹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 206, p. 263.

¹⁹² P. LECOCCO, *op.cit.*, 2022, p. 180.

des divergences quant à la qualification des différentes clauses, conditions qui permettaient une extinction anticipée.

59. Ainsi, on peut évoquer la saga Charleroi – Mons – Mons pour illustrer l’extinction anticipée d’un droit d’emphytéose avant le délai minimal et ses effets¹⁹³. Avant ces arrêts, il y avait déjà un certain consensus sur la validité des clauses résolutoires expresses. Cependant, l'apparition d'une vraie condition résolutoire qui n'était pas liée à l'inexécution du contrat et qui s'appliquait automatiquement dès la réalisation de l'événement conditionnel, c'est-à-dire futur et incertain, a émis de nouvelles interrogations¹⁹⁴.

S’agissant de cette affaire, le contrat d’emphytéose permettait au tréfoncier de résilier le contrat d’emphytéose en cas de faillite de l’emphytéote¹⁹⁵. Dans un arrêt du 4 mai 1998, la Cour d’appel de Mons décida que la condition résolutoire prévue par les parties, ne violait pas l’article 2 de la loi du 10 janvier 1824 en ce que l’extinction de l’emphytéose avant le délai minimal légal était conditionnée par un événement futur et incertain¹⁹⁶.

Une clause similaire fut au cœur de l’arrêt de la Cour de cassation du 30 mars 2006 qui de nouveau, affirma que la clause ne violait pas l’article 2 puisque les parties pouvaient prévoir une extinction anticipée en cas de procédure en constatation d’insolvabilité ou en dissolution de la personne morale de l’emphytéote¹⁹⁷. En revanche, la Cour ne définissant pas la clause en question, il ne fut pas possible de tirer une règle sur les clauses, accords ou conditions qui permettent une extinction anticipée de l’emphytéose avant sa durée minimale légale et leurs qualifications¹⁹⁸. De nombreux arrêts ont encore été rendus à ce sujet.

De la sorte, le législateur de 2020 a cherché à consacrer l'avis majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence avec l’article 3.174 Cciv, selon lequel toutes les causes d'extinction peuvent s'appliquer avant l'expiration de la durée minimale d'un contrat d'emphytéose, à condition qu'elles ne traduisent pas la volonté des parties de violer cette durée minimale dès le début, ou ne permettent pas l'extinction du contrat uniquement par la volonté d'une des parties¹⁹⁹.

¹⁹³ P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, R. POPA et A. SALVE, *op.cit.*, 2016, pp. 497-499 : S’agissant de la longue saga Charleroi, Mons, Mons, la Ville de Charleroi avait concédé un droit d’emphytéose à une société sur un terrain pour qu’elle y réalise un complexe sportif. L’emphytéose avait été conclue pour une durée de 66 ans sans que l’emphytéote ne puisse prétendre à une indemnité. Une clause prévoyait toutefois la possibilité de résilier anticipativement ce contrat en cas de faillite ou de liquidation judiciaire de la société. Après seulement quatre ans, la société fût déclarée en faillite et la ville de Charleroi invoqua la résiliation anticipée. La Cour d’appel de Mons en 1998 déclara la clause licite mais rejeta la prétention de la ville selon laquelle les constructions érigées par la société étaient la propriété de la ville sans indemnité. Finalement, la Cour décida que, faute de disposition contractuelle, c’était alors l’article 8 de la loi du 10 janvier 1824 qui devait s’appliquer à la suite de l’extinction du droit d’emphytéose en application de la clause déclarée valable ; Comm. Charleroi, 19 mars 1996, *Rev. not. b.*, 1996, pp. 279-283.

¹⁹⁴ P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1052.

¹⁹⁵ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 4, p. 436.

¹⁹⁶ Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999, p. 444 ; P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1052.

¹⁹⁷ Cass., 30 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 720.

¹⁹⁸ P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1053.

¹⁹⁹ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, pp. 604-605 ; P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1055 ; P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 181 ; C. civ., art. 3.174.

Pour ce qui est de la superficie, la Cour d'appel d'Anvers confirma dans un arrêt du 16 juin 2014 que l'acte constitutif d'un droit de superficie pouvait contenir une condition résolutoire pouvant jouer de plein droit, le tout dépend de la volonté des parties²⁰⁰.

Nous pouvons ainsi nous en référer à l'article 3.15 Cciv et en particulier à l'alinéa 3 reprenant certaines causes d'extinction des droits réels, dont la réalisation d'une condition résolutoire, la résolution pour inexécution, ou encore la résiliation d'un commun accord²⁰¹.

60. Une emphytéose ou une superficie pourrait également s'éteindre anticipativement à la suite d'un jugement de déchéance, de l'anéantissement du titre d'acquisition de ce droit réel qui sont tous deux d'autres modes d'extinction de l'emphytéose et de la superficie.

En conséquence, si l'emphytéose ou la superficie grevée par une hypothèque expire avant l'échéance, l'hypothèque devient caduque et ne peut plus être exécutée, car elle ne repose plus sur aucun bien pouvant être vendu²⁰².

Malgré tous ces développements, nous soulignerons dans la suite, la possibilité pour l'hypothèque de subsister d'une certaine manière après l'extinction prématurée de l'emphytéose ou de la superficie, ce qui peut ainsi accroître l'attrait pour ce type de droit²⁰³.

e. Conclusion

61. Au vu des éléments qui viennent d'être identifiés, il est compréhensible que les banques soient réticentes à l'idée que leur garantie prenne la forme d'une hypothèque grevant un droit réel plutôt instable. Il est donc important d'attirer dès le départ l'attention des banquiers et des acheteurs sur les clauses contractuelles liées à la constitution du droit réel tant elles représentent une source de risques potentiels de financement²⁰⁴.

2) La bankabilité du droit réel d'emphytéose et de superficie

62. Dans, la première partie de notre exposé, nous avons développé les changements majeurs apportés par la réforme du droit des biens aux droits réels d'emphytéose, de superficie, mais également à la sûreté réelle d'hypothèque. En revanche, le caractère bankable de la sûreté réelle qu'est l'hypothèque sur ces deux droits réels d'usage, n'a pas encore été examiné en profondeur. Nous commencerons par définir la notion de bankabilité et ce qu'elle signifie dans la pratique. Ensuite, nous évoquerons les solutions qui ont été apportées aux problèmes liés à l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie mentionnés précédemment.

²⁰⁰ P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1093 ; Anvers, 16 juin 2014, *T.B.B.R.*, 2016, n° 3, pp. 160-163.

²⁰¹ C. civ., art. 3.15, 3°.

²⁰² Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 6, p. 437 ; E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 36.

²⁰³ N. BERNARD, *op.cit.*, 2022, n° 24, p. 20 ; B. PIRLET, *op.cit.*, 2020, p. 323.

²⁰⁴ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 3, p. 434.

2.1) Définition

63. Nous nous sommes déjà exprimés sur les diverses possibilités d'orthographier le mot « bancable / bankable ». Nous pouvons effectivement trouver les origines de ce mot en langue française, dans le terme « banque ». Néanmoins, cette notion de bankabilité a émergé de grands projets d'investissements et de banques internationales avec le terme « bankability ». De ce fait, il nous semble plus cohérent de nous référer au terme anglophone.

Selon *Le Petit Robert*, l'adjectif « bankable » peut être utilisé pour faire allusion à « des titres remplissant les conditions requises pour être réescomptés auprès d'une banque centrale » ; pour indiquer qu'un projet est susceptible d'être financé par un investisseur, on parlera de projet bankable. Le site internet Edubourse quant à lui, explique qu'« *Un projet bancable est un projet rentable pour l'entreprise qui le lance ou encore qui permettra aux créanciers de voir leurs créances remboursées en temps et en heure.* »²⁰⁵.

64. En d'autres termes, pour qu'une hypothèque soit considérée comme « bankable », elle doit offrir une sécurité suffisante au créancier qui la détient. Cela signifie que le risque encouru par le créancier en cas de non-remboursement de la créance doit être limité par l'hypothèque. Mais est-elle aussi efficace lorsqu'elle grève des droits réels d'usage ?

2.2) Bankabilité de l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie

65. Les droits réels d'usage sont très importants économiquement, car investir dans les bâtiments et les immeubles implique des coûts élevés et ne garantit pas que la situation sera toujours intéressante à l'avenir. Par conséquent, les acteurs immobiliers peuvent trouver plus avantageux d'obtenir une emphytéose ou une superficie plutôt que de devenir propriétaires du terrain, ainsi d'avoir la possibilité de construire sur le terrain et de posséder les constructions pendant une longue durée²⁰⁶.

Comme nous l'avons précédemment mentionné, il est évident que les droits réels d'usage d'emphytéose et de superficie peuvent être grevés d'une hypothèque. Or, il faut nécessairement nuancer leur caractère bankable. Certes, ils sont bankables dans le sens où ils permettent au créancier de voir sa créance garantie par une hypothèque les grevant et permettant de la rembourser, mais cet idéal n'est pas sans ombre comme nous le faisons

²⁰⁵ P. PERRIN- MONLOUIS, (21 octobre 2021). *Bancabilité*. Consulté sur <https://edubourse.com/lexique-bancabilite/> : « d'une notion principalement utilisée dans la gestion de projet ou encore dans le domaine du financement. Un projet bancable est un projet rentable pour l'entreprise qui le lance ou encore qui permettra aux créanciers de voir leurs créances remboursées en temps et en heure. Un projet rentable peut ainsi ne pas être bancable car le risque est trop élevé pour le créancier. ».

²⁰⁶ V. SAGAERT, *op.cit.*, 2020, pp. 411-412.

remarquer dans la deuxième partie²⁰⁷. Ainsi, il est cohérent que les banquiers veillent à éviter de prendre le risque de voir leur hypothèque disparaître et dès lors, ne plus avoir de sûreté réelle pour garantir leur créance²⁰⁸.

2.3) Aménagements et adaptations

a) Sûreté supplémentaire

66. Le financement des opérations de démembrement est complexe puisque les parties impliquées ont des objectifs différents : le banquier cherchera à réduire le risque en exigeant une hypothèque sur l'immeuble ou les constructions, tandis que l'acquéreur du droit réel cherchera à donner le moins de garanties possibles. Toutefois, les banques auront tendance à réclamer une sûreté supplémentaire. En effet, le banquier exigera fréquemment la participation du tréfoncier en tant qu'affectant hypothécaire. Cette démarche vise à garantir pleinement la sûreté qu'il aura reçue, en couvrant tous les scénarios possibles de perte de celle-ci²⁰⁹. En revanche, cette solution est difficilement envisageable si le tréfoncier a déjà hypothéqué son fonds²¹⁰.

b) La subrogation réelle

67. L'arrêt de la Cour de cassation belge du 8 novembre 2019 concerne une société nommée « B » détenant un droit de superficie et ayant construit des bâtiments sur un terrain. La société avait hypothéqué ce droit de superficie et les constructions au profit d'une banque avant de faire faillite²¹¹. La superficie avait pris fin à l'expiration du terme prévu, et les tréfonciers étaient devenus propriétaires des constructions suite à l'accession. Ils ont par conséquent demandé la radiation de l'inscription hypothécaire, mais la banque a quant à elle, réclamé l'indemnité prévue à l'article 6 de la loi de 1824²¹². La Cour d'appel de Liège a déclaré fondée la demande reconventionnelle de la banque²¹³. Les tréfonciers se sont alors pourvus en cassation contre cet arrêt. Le second moyen faisait grief à la Cour d'appel d'avoir déclaré que le droit d'hypothèque de la banque était reporté, par l'effet de la subrogation réelle, sur l'indemnité due par les tréfonciers au superficiaire et d'avoir autorisé le créancier hypothécaire à poursuivre la demande d'indemnités en agissant en son nom et pour son compte et non pas au nom et pour le compte du superficiaire. Néanmoins, la Cour a rejeté ce pourvoi et a statué que les droits du créancier hypothécaire s'exercent sur l'indemnité due par les propriétaires

²⁰⁷ P-A. CHABOT, « Conséquences d'une restructuration d'entreprises sur les baux et contrats assimilés », *JURIM.*, 2009, nr. 1, p. 196.

²⁰⁸ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 10, p. 450.

²⁰⁹ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, pp. 63-64.

²¹⁰ G. CARNOY, (2021/05/25), *Les garanties de la banque dans le financement des travaux en RDA ou sur emphytéose*. Consulté le 16 mars 2023 sur <https://gillescarnoy.be/2021/05/25/les-garanties-de-la-banque-dans-le-financement-des-travaux-en-rda-ou-sur-emphyteose/>.

²¹¹ L. BARNICH, « Une application discutable de la subrogation réelle », *R.C.J.B.*, 2020, n° 3, p. 277.

²¹² Loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie, art. 6.

²¹³ Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, n° 20, pp. 933-941.

du terrain au superficiaire, grâce à la subrogation réelle, et que le créancier hypothécaire dispose d'une action réelle pour agir directement contre les propriétaires du terrain et obtenir le paiement de cette indemnité²¹⁴.

De la sorte, bien que l'objet soit considéré comme un élément essentiel dans une relation juridique, la disparition de cet objet n'entraîne pas nécessairement l'extinction de la sûreté réelle qui continue à s'exercer sur l'objet de remplacement grâce au mécanisme de la subrogation réelle.

68. Il semblerait que quelques auteurs dont Laurent BARNICH ne soient pas en accord avec cette décision. Dans son raisonnement, il rappelle DE PAGE en se demandant s'il est admissible d'appliquer la subrogation réelle, alors qu'elle n'était pas légalement prévue par la loi de 1824. Il évoquera par exemple l'art. 10 LH permettant de reporter dans certains cas spécifiques, le droit de préférence du créancier hypothécaire sur une indemnité²¹⁵. BARNICH conclut en estimant que la Loi hypothécaire protège le créancier dans les situations précises énoncées et que si rien n'est prévu, comme pour le cas de la superficie, le créancier hypothécaire doit voir sa sûreté disparaître avec l'extinction du droit temporaire²¹⁶. Le principe de la subrogation réelle ne serait donc pas apte à remplacer l'assiette du droit de préférence au-delà de ce que la loi prévoit²¹⁷.

En supplément de cette argumentation très critique, on notera l'art. 3.10 Cciv qui consacre maintenant le principe de la subrogation réelle et l'applique de manière générale au Livre 3²¹⁸. Ainsi, ce mécanisme permet de rassurer quelque peu les banques en ce que leurs créances peuvent continuer à être garantie par une hypothèque qui ne s'éteindra pas avec l'objet initial, puisqu'elle pourra porter sur les biens de remplacement²¹⁹. En revanche, il ne faut pas oublier que ce mécanisme est subsidiaire et ne sortira ses effets que si le droit réel ne peut être sauvegarder par un autre moyen.

c) Protection des tiers

69. La section précédente nous a permis de mettre en avant une manière de sauvegarder la garantie du créancier hypothécaire, l'article 3.17 Cciv en est également une. Nous tenterons, dans un premier temps, de décrypter l'arrêt du 22 janvier 2021 de la Cour de cassation qui a dans un certain sens anticipé l'article 3.17 Cciv²²⁰.

i) Faits de l'arrêt du 22 janvier 2021

²¹⁴ Cass., 8 novembre 2019, *Pas.*, 2019, nr. 11, pp. 2004-2005 ; Anvers, 16 juin 2014, *T.B.B.R.*, 2016, n° 3, pp. 160- 163 : Il s'agit d'un arrêt similaire au niveau des principes invoqués. Or, la subrogation réelle n'a pas pu opérer, car en l'espèce, les sommes n'avaient pas été versées au superficiaire en vertu de la convention prévue entre les parties.

²¹⁵ L. BARNICH, *op.cit.*, 2020, n° 3, p. 293.

²¹⁶ L. BARNICH, *op.cit.*, 2020, n° 3, pp. 295-296.

²¹⁷ Il s'en réfère ainsi au principe « pas de privilège sans texte ».

²¹⁸ L. BARNICH, *op.cit.*, 2020, n° 3, pp. 296-297.

²¹⁹ C. civ., art. 3.10.

²²⁰ G. CARNOY, *op.cit.*, 2021 ; Cass., 22 janvier 2021, *Pas.*, 2021, n° 13, pp. 98 – 101 ; *R.G.D.C.*, 2022, n° 5, pp. 285- 294 ; C. civ., art. 3.17.

70. En bref, un bien immobilier a été acheté par A, B et C à Schaerbeek²²¹. En 2007, A et B sortent de l'indivision et vendent leur part à C qui devient plein propriétaire²²². Par la suite, C obtient un prêt de la banque D avec une hypothèque en second rang sur l'immeuble de Schaerbeek et une hypothèque en premier rang sur l'immeuble qu'il souhaite acheter à Gand²²³.

Toutefois, l'administrateur des biens de A décide, en 2010, de poursuivre B, C, et le notaire pour faire annuler le contrat de vente de 2007. Le contrat est effectivement déclaré nul par le tribunal de première instance pour absence de consentement valable de la part de A²²⁴. Plusieurs parties ont fait appel de ce jugement de première instance, mais la Cour d'appel a confirmé ce jugement en ce qui concerne l'annulation et a en outre confirmé que cette annulation s'applique *ex tunc*. Par conséquent, le droit hypothécaire de D est éteint. C'est précisément pour éviter cela que D avait demandé que l'annulation ne soit prononcée qu'*ex nunc*, étant donné que C aurait dans ce cas, toujours eu le pouvoir de disposition au moment où il a accordé une hypothèque à D²²⁵. En tant que créancier hypothécaire, D s'est alors pourvu en cassation en invoquant expressément la confiance légitime faite aux registres hypothécaires²²⁶.

ii) **Conclusions Avocat général**

71. Dans ses conclusions, l'avocate générale Mortier soutient que l'annulation rétroactive (*ex tunc*) d'un titre de propriété sur un immeuble peut avoir des conséquences importantes pour les tiers acquéreurs d'un droit réel sur cet immeuble, même de bonne foi²²⁷.

Cependant, elle affirme que ces tiers acquéreurs méritent une certaine protection en vertu de certains critères spécifiques²²⁸. Elle se réfère d'ailleurs à des sources de droit comparé, notamment à la jurisprudence de la Cour de cassation française qui applique depuis des décennies la théorie de la « propriété apparente » pour protéger certains tiers qui de bonne foi, auraient été induits en erreur²²⁹. Elle fait également référence à l'exposé des motifs du Livre 3 et au nouvel article 3.17 du Code civil belge pour étayer son argument. Finalement, elle examine les conséquences de cette opinion pour le titulaire initial du droit réel sur le bien immobilier pour argumenter que cela constitue une solution équitable.

iii) **Décision de l'arrêt du 22 janvier 2021**

72. La Cour déclara le moyen fondé et cassa l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers²³⁰. En somme, la Cour a confirmé que l'annulation rétroactive du titre de C ne mettait pas en péril la situation patrimoniale du créancier hypothécaire D, qui était toujours protégé.

²²¹ G. CARNOY et V. LIBION, « La théorie de l'apparence en matière immobilière », *JURIM*, 2020, nr. 2, p. 59.

²²² B. VERHEYE, « Onroerende publiciteit – Onroerende schijneigendom – Bescherming van derde te goeder trouw – Vertrouwensleer », *RWE*, 2020-21, nr. 34, p. 1335.

²²³ G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 59.

²²⁴ Cass., 22 janvier 2021, *Pas.*, 2021, n° 13, pp. 98-99.

²²⁵ B. VERHEYE, *op.cit.*, 2020-21, nr. 34, p. 1335.

²²⁶ M.-E. STORME et R. JANSEN, « Het rechtmatig vertrouwen als correctief op beschikkingsonbevoegdheid », *T.B.B.R.*, 2022, nr. 5, p. 288.

²²⁷ B. VERHEYE, *op.cit.*, 2020-21, nr. 34, p. 1336.

²²⁸ G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 62.

²²⁹ B. VERHEYE, *op.cit.*, 2020-21, nr. 34, p. 1336 ; Cass. Fr. civ. (1^{ière} ch.), 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1964, II. p.13502 ; A.- M. STRANART et M. ALTER, « Quel est le sort de l'hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé ? », *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 504.

²³⁰ G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 64.

Plus précisément, la Cour formule une réserve quant à l'application stricte de l'adage *nemo plus iuris animant* l'article 74 LH : « *si l'annulation du titre entraîne en principe la nullité de l'hypothèque, le tiers qui avait une espérance légitime d'avoir agi avec le véritable propriétaire peut, dans certaines circonstances, être protégé, de sorte que son droit réel n'est pas affecté par l'annulation du titre antérieur* »²³¹. La Cour a explicitement fait référence à la doctrine de la confiance à cet égard : « *La Cour d'appel qui constate que l'annulation ex tunc du contrat de vente entraîne également l'annulation de l'hypothèque du demandeur et que la bonne foi invoquée par le demandeur ne peut l'abroger et qui omet ainsi de tenir compte de l'application de la doctrine de la confiance dans son jugement, ne justifie pas sa décision en droit* ».

Cet arrêt fait donc suite aux critiques de la doctrine face à l'absence de protection pour les tiers de bonne foi en affirmant une protection générale de la confiance légitime faite aux registres hypothécaires²³². Il confirme ainsi pleinement l'extension de la théorie de l'apparence en matière immobilière, au-delà du mandat apparent²³³.

73. En conclusion, les auteurs s'accordent pour dire que l'arrêt de janvier 2021 a ouvert la boîte de Pandore, permettant aux tribunaux de s'emparer de la théorie de l'apparence dans le domaine des contrats immobiliers²³⁴.

D'ailleurs, B. VERHEYE propose de codifier les enseignements de cet arrêt en ajoutant un 3^{ème} paragraphe à l'article 3.30 Cciv, puisque l'arrêt anticipe sur les dispositions du Livre 3 en protégeant de manière plus large le tiers de bonne foi²³⁵.

iv) L'article 3.17 du Code civil

74. On peut se demander si cet arrêt trouve toujours à s'appliquer avec l'entrée en vigueur du Livre 3²³⁶. Tel que mentionné, la Cour reconnaît la volonté du législateur exprimée dans l'article 3.17 avec sa décision²³⁷. Toutefois, le législateur a effectivement tenté d'atténuer les effets de l'extinction des droits réels au profit des tiers de bonne foi, mais seulement dans certaines hypothèses qu'il cite exhaustivement²³⁸.

75. Il convient de distinguer les modes d'extinction « normaux » et « anormaux ». Les modes « normaux » sont prévisibles pour les tiers de bonne foi disposant d'un droit concurrent. Ces tiers savaient ou devaient savoir que le droit réel sur lequel ils acquièrent des droits peuvent prendre fin en cas de survenance de l'un de ces modes d'extinction. À titre d'exemple, on citera la condition résolutoire. En somme, les modes « normaux » d'extinction sont prévisibles

²³¹ Cass., 22 janvier 2021, *Pas.*, 2021, n° 13, p. 99 ; G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 60 ; B. VERHEYE, *op.cit.*, 2020-21, nr. 34, p. 1336 ; M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 285 et p. 288 ; P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1048 : « *La Cour de cassation s'exprime tout à la fois de façon générale, visant « un droit réel limité » et non la seule hypothèque, et ciblée, puisque seules les acquisitions à titre onéreux jouissent de cette protection.* ».

²³² P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 202 ; M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 288.

²³³ G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 78.

²³⁴ *Ibidem* ; P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 202.

²³⁵ B. VERHEYE, *op.cit.*, 2020-21, nr. 34, p. 1342.

²³⁶ M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 293.

²³⁷ G. CARNOY et V. LIBION, *op.cit.*, 2020, nr. 2, p. 78.

²³⁸ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 202 ; M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 294.

pour les tiers de bonne foi disposant d'un droit concurrent, contrairement aux modes « anormaux » d'extinction qui ne peuvent pas être anticipés de la même manière.

Lors de la constitution de son droit, le tiers de bonne foi ne peut prévoir ou savoir que son droit réel prendra fin de manière prématurée²³⁹. Selon L. D'HONDT, de manière abstraite, tout le monde est conscient de la possibilité d'une extinction prématurée de son droit réel, il faut donc faire une application concrète²⁴⁰.

Le législateur, avec l'article 3.17 alinéa 1, énumère les modes anormaux ne pouvant être anticipés par le tiers de bonne foi²⁴¹. Dans ces cas précis, l'extinction n'aura qu'un effet relatif²⁴². La protection consiste donc à limiter l'effet de l'extinction du droit réel sous-jacent uniquement aux parties concernées, sans porter préjudice aux droits des tiers. Par conséquent, les tiers peuvent continuer à agir comme si leur droit existait toujours²⁴³. Selon Vincent SAGAERT, cette nouvelle disposition favorise la sécurité juridique du crédit hypothécaire et de financement des droits réels en général²⁴⁴.

76. En outre, certains auteurs estiment qu'il est regrettable que l'article 3.17 du Code civil ne mentionne pas l'effet relatif d'autres modes d'extinction tel que l'article XX. 139 CDE et, de la sorte, qu'il ne consacre pas le principe général de protection du tiers de bonne foi mis en avant par l'arrêt du 22 janvier 2021²⁴⁵. En effet, le législateur a clairement choisi que, seuls les défauts de propriété fautifs aient un effet relatif²⁴⁶.

Par conséquent, le législateur considère que la nullité qui est au cœur de l'arrêt de janvier 2021, est également un vice de fonctionnement absolu (et pas seulement un vice de fonctionnement relatif) en vertu de la nouvelle loi²⁴⁷.

d) Renonciation et engagements

77. Des accords peuvent être conclus entre l'institution financière et le tréfoncier pour éviter le risque de résiliation anticipée du droit réel d'emphytéose ou de superficie et la perte subséquente de l'hypothèque²⁴⁸.

De la sorte, on peut évoquer la renonciation par le tréfoncier à demander la résiliation concernant l'emphytéose ou la superficie qu'il a constitué ainsi que les clauses de résiliation

²³⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ., *op.cit.*, 2021, n° 37, p. 52.

²⁴⁰ L. D'HONDT, « Relatieve wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten in artikel 3.17 BW : een evenwichtige regeling? », *T.B.O.*, 2021, n° 1, p. 26.

²⁴¹ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 202 ; M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 294.

²⁴² V. SAGAERT, *op.cit.*, décembre 2021, pp. 45-46 : « een abnormale beëindigingsgrond heeft slechts relatieve werking, d.w.z. mag geen afbreuk doen aan de rechten die derden te goeder trouw op het tenietgegane zakelijk recht hebben verkregen. Stel dat X een zakelijk gebruiksrecht verleent aan Y en dat deze laatste een hypotheek op zijn recht toestaat aan Z. Indien het gebruiksrecht eindigt door afstand, herroeping, ontbinding wegens niet-nakoming, opzegging in minnelijke overeenstemming, vermenging en vervallenverklaring doet dit geen afbreuk aan de rechten van Z. Met andere woorden: Z zal zijn hypotheekrecht kunnen uitwinnen alsof het zakelijk gebruiksrecht nog bestaat, en zolang er geen 'normale beëindigingsgrond' is ingetreden. Nog anders gezegd: die abnormale beëindigingsgronden hebben relatieve werking. ».

²⁴³ L. BELLINCK et A. BROHEZ., *op.cit.*, 2021, n° 37, p. 53.

²⁴⁴ V. SAGAERT, *op.cit.*, décembre 2021, p. 46.

²⁴⁵ L. D'HONDT, *op.cit.*, 2021, n° 1, pp. 31-32.

²⁴⁶ M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 294.

²⁴⁷ *Ibidem.*

²⁴⁸ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, pp. 37-38.

d'office qui pourraient être incluses dans l'acte de vente. Cette renonciation est importante pour les banquiers, car elle leur garantit une certaine stabilité juridique²⁴⁹. À ce sujet, un engagement d'indemnisation de la part du tréfoncier peut également être intéressant pour la banque. Ainsi, le tréfoncier promet de payer une indemnité correspondant à la valeur des constructions, si jamais il récupère la pleine propriété de l'immeuble avant le terme du contrat²⁵⁰.

e) Conclusion

78. La notion de bankabilité d'un projet peut être plus simplement exprimée comme étant le fait pour les banques d'être disposées à accepter de financer un projet, car celui-ci n'engendrerait pas de trop gros risques pour elles²⁵¹.
79. L'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie peut être considérée comme relativement bankable, puisque de tels droits peuvent être réalisés, vendus²⁵². Toutefois, les différents problèmes déjà pointés viennent fortement augmenter la réticence des banques à accorder un financement. En revanche, les banques se rassureront en évaluant la possibilité de constituer une sûreté supplémentaire, en vérifiant les clauses du contrat d'emphytéose ou de superficie ou encore en s'assurant que les parties ne puissent pas faire disparaître l'assiette de sa garantie.

²⁴⁹ Y. HERINCKX, *op.cit.*, 2004, n° 13, p. 441.

²⁵⁰ *Ibidem*

²⁵¹ A-L. DURVIAUX, « La promotion immobilière et les marchés publics », *JURIM*, 2008, nr. 1, p. 70.

²⁵² L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 213, p. 269.

CONCLUSION

80. Dans plusieurs pays européens, dont la Belgique, la conception traditionnelle du droit de propriété sur un terrain a été remise en question durant ces 50 dernières années²⁵³. Par ailleurs, la réforme du Livre 3 a permis au législateur d'intégrer les lois du 10 janvier 1824 ainsi que certaines dispositions relatives à la loi hypothécaire dans le Code civil²⁵⁴.

Avec ce Livre, le législateur a décidé de maintenir la coexistence du droit d'emphytéose et de superficie afin de répondre aux besoins variés de la pratique et de garantir une certaine flexibilité dans l'utilisation de ces biens immobiliers²⁵⁵. En effet, ces deux droits réels ont chacun une essence distincte, ce qui leur permet de conserver leur propre utilité²⁵⁶. D'ailleurs, ces deux droits réels immobiliers suscitent depuis quelques années un intérêt remarquable auprès des promoteurs, en vue de mettre sur pied d'importants projets immobiliers²⁵⁷. Néanmoins, la question de leur financement est loin d'être aisée.

81. Nous avons confirmé la possibilité pour le droit d'emphytéose ou de superficie d'être hypothéqué par conséquent de garantir la créance du banquier ayant financé les projets de l'emphytéote ou du superficiaire. Ce mécanisme n'est malheureusement pas une panacée universelle.

En réalité, les parties tirent de la supplétivité des dispositions réglant l'emphytéose et la superficie, une grande liberté. De ce fait, elles sont, à titre d'exemple, susceptibles d'établir des clauses permettant la soustraction involontaire ou volontaire de l'assiette servant de base de garantie à l'institution financière²⁵⁸.

82. C'est donc légitimement, que nous nous sommes demandés si une hypothèque grevant un droit réel d'emphytéose ou de superficie était utile pour une banque, c'est-à-dire, si elle était bankable étant donné les différentes difficultés auxquelles elle pouvait faire face²⁵⁹? Il convient de noter que les droits réels d'emphytéose et de superficie sont plus difficiles à hypothéquer qu'un droit de propriété plein et entier. Nous avons effectivement mentionné le renouvellement, l'étendue de l'hypothèque, la résiliation en cas de faillite ou encore l'extinction anticipée. Ces incertitudes juridiques ont des conséquences économiques sur ces investissements, ce qui augmente la réticence des banques à financer de tels projets²⁶⁰.

83. En conséquence, les divers problèmes rencontrés par ce type d'hypothèque ont en partie été solutionnés par la pratique, la jurisprudence et le législateur progressivement. Ainsi, les banques sont plus prudentes lorsqu'elles envisagent d'accepter une hypothèque sur des droits réels d'emphytéose ou de superficie et peuvent en premier lieu, exiger des garanties

²⁵³ P. LECOCQ, *op.cit.*, novembre 2009, p. 21.

²⁵⁴ W. NEVEN et R. MASELIS, *op.cit.*, nr. 1, p. 2.

²⁵⁵ V. SAGAERT, *op.cit.*, n° 1-2, 2020, p. 418.

²⁵⁶ P. LECOCQ, *op.cit.*, 2022, p. 161 ; P. LECOCQ e.a., *op.cit.*, 2022, n° 4, p. 1013.

²⁵⁷ E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 27.

²⁵⁸ E. SANZOT, *op.cit.*, 2008, p. 609 ; E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 31.

²⁵⁹ L. BELLINCK et A. BROHEZ, *op.cit.*, 2021, n° 186, p. 237 ; E. SANZOT, *op.cit.*, 2009, n° 3, p. 32.

²⁶⁰ B. PIRLET, *op.cit.*, 2017, nr. 7, p. 729.

supplémentaires ou encore de conclure une convention avec le tréfoncier afin d'être protégé contre son éventuelle intervention.

On notera l'introduction du principe général de la subrogation réelle à l'article 3.10 Cciv, en ce que la sûreté réelle du créancier verra son assiette remplacée par un autre bien ou par une indemnité qu'elle pourra grever.

Enfin, il convient de souligner l'introduction de l'énumération limitative des modes d'extinction avec effet relatif à l'article 3.17 Cciv²⁶¹. Les modes d'extinction non mentionnés opèrent quant à eux *erga omnes*. Ce nouvel article permet donc à l'hypothèque de survivre dans certains cas d'extinction prématurée et inattendue de l'emphytéose ou de la superficie afin de protéger les tiers de bonne foi.

84. En conclusion, si des innovations ont certes renforcés la stabilité des droits réels d'usage et leur capacité à être hypothéqués, le risque pour un créancier de voir l'assiette de son hypothèque disparaître reste encore fort présent²⁶². À titre d'exemple, on citera l'arrêt de la Cour de cassation du 22 janvier 2021 qui, dans le cadre de l'annulation rétroactive du titre du débiteur, déclare ne pas mettre en péril la situation patrimoniale du créancier hypothécaire qui restera protégé. Il s'agit là d'un cas d'extinction anticipée d'un droit réel qui n'est malheureusement pas visé par l'article 3.17 Cciv, mais bien par la jurisprudence²⁶³. De la sorte, nous estimons que la question de la bankabilité de l'hypothèque des droits réels d'usage d'emphytéose et de superficie est loin d'avoir fini de faire parler d'elle.

La bankabilité de l'hypothèque des droits réels d'emphytéose et de superficie est selon nous, propre à chacun et à chaque situation, dépendant de facteurs divers, notamment, les risques qu'une banque est prête à prendre et les précautions qu'elle mettra en place.

²⁶¹ V. SAGAERT, *op.cit.*, décembre 2021, p. 46.

²⁶² V. SAGAERT, *op.cit.*, décembre 2021, p. 36 : « *Toch gaat van dit boek een invloed uit op de financieringspraktijk. Het beoogt de economische zekerheid van de kredietverlener te verhogen* » ; B. PIRLET, *op.cit.*, 2020, pp. 323-324.

²⁶³ M.-E. STORME et R. JANSEN, *op.cit.*, 2022, nr. 5, p. 294.

BIBLIOGRAPHIE

A. LÉGISLATION

1) *Législation belge*

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

Loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie.

Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, art. 10, 41, 45, 45*bis* et 78.

Loi portant des dispositions diverses en matière de justice du 25 avril 2014, *M.B.*, 14 mai 2014.

Loi sur les faillites du 8 août 1997, art. 46, ancien.

C.D.E, art. XX.139.

Loi du 13 avril 2019 portant création d'un Code civil et y insérant un Livre 8 « La preuve », *M.B.*, 4 mai 2019.

Projet de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, exposé des motifs, *Doc., Ch.*, 2018 - 2019, n° 55-0173/001.

Loi du 4 février 2020 insérant le Livre 3 « Les Biens », *M.B.*, 17 mars 2020.

C.civ., art. 3.1 à 3.34.

C.civ., art. 3.167 à 3.188.

B. JURISPRUDENCE

1) *Cour de cassation belge*

Cass., 28 mars 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 776.

Cass., 17 octobre 1996, *R.W.*, 1996-1997, p. 1395.

Cass., 15 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, pp. 1142-1145 ; *T.B.O.*, 2016, nr. 4, pp. 317-318.

Cass., 30 mars 2006, *Pas.*, 2006, p. 720

Cass., 3 décembre 2015, *Pas.*, 2015, nr. 13, pp. 51-52 ; *T.B.O.*, 2016, nr. 4, pp. 317-318.

Cass., 8 novembre 2019, *RevCri.*, 2020, n°3, pp. 273 – 276 ; *Pas.*, 2019, nr. 11, pp. 1994-2005.

Cass., 22 janvier 2021, *Pas.*, 2021, n° 13, pp. 98 – 101 ; *R.G.D.C.*, 2022, nr. 5, pp. 285-294.

2) *Cour de cassation française*

Cass. Fr., 31 octobre 2012, *D.*, 2013, p. 53 (Arrêt *Maison Poésie*).

Cass. Fr. civ. (1^{ière} ch.), 3 avril 1963, *J.C.P.*, 1964, II. p. 13502.

3) Cour d'appel

Mons, 4 mai 1998, *J.L.M.B.*, 1999/11, pp. 444-448.

Mons, 17 mai 1999, *J.L.M.B.*, 1999/40, p. 1757.

Gand, 12 mai 2005, *T.B.B.R.*, 2007, n° 7, pp. 541-546.

Gand (7^e ch.), 7 octobre 2013, *R.W.*, 2014-15, liv. 6, p. 230.

Anvers, 16 juin 2014., *T.B.B.R.*, 2016, n° 3, pp. 160-163.

Liège, 11 janvier 2017, *J.L.M.B.*, 2017, n° 20, pp. 933-941.

4) Autres juridictions

Comm. Charleroi, 19 mars 1996, *Rev. not. b.*, 1996, pp. 279-283.

C. DOCTRINE

BAECK, J., « Algemene regels inzake het voorwerp van zakelijke rechten », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, pp. 29-50.

BARNICH, L., « Une application discutable de la subrogation réelle », *R.C.J.B.*, 2020, n° 3, pp. 276-304.

BEAUFAYS, J., et VERJANS, P., *Histoire politique et législative de la Belgique*, Liège, Université de Liège / Faculté de droit, 2008 p. 202.

BELLINCK, L. et BROHEZ, A., *Usufruit, emphytéose et superficie dans le nouveau droit des biens : analyse du nouveau régime, implications pratiques et utilisation dans le cadre d'opérations immobilière commerciales.*, Liège, Wolters Kluwer, 2021, 310p.

BELLINCK, L. et BROHEZ, A., *Emphytéose et superficie*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2023, 266p.

BERNARD, N., *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2022, 749p.

BOUFLETTE, S. et SALVE, A., « Chapitre 1 - Les principes généraux du droit des biens (Titre Ier du nouveau livre 3 du Code civil) et le droit transitoire de la réforme du 4 février 2020 », *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 7-58.

BRACKE, D., « Schoppenboer jagen in het recht van opstal ... Over de vroegtijdige beëindiging van het recht van opstal en enkele valkuilen », *T.B.B.R.*, 2007, nr. 9, pp. 547-553.

BROHEZ, A. et ORBAN, C., « 2.3. L'emphytéose », *JURIM.*, 2022, n° 2-3, pp. 239-294.

BYTTEBIER, K. et HENDRICKX, K., *Voorrechten en hypotheeken in hoofdlijnen*, 2^e uitg., Antwerpen Maklu, 2005, 787p.

CARETTE, N., *Erfpacht en opstal.*, Mortsel, Intersentia, 2017, 408p.

- CARETTE, N., « Opstalrecht », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, pp. 489- 520.
- CARNOY, G. et LIBION, V., « La théorie de l'apparence en matière immobilière », *JURIM*, 2020, nr. 2, pp. 52-79.
- CARTON DE TOURNAI, R. et CHARLIER, A., « Renaissance de l'emphytéose et de la superficie » *Renaissance du phénomène contractuel*, CDVA, Liège, 1971, p. 148.
- CHABOT, P-A., « Conséquences d'une restructuration d'entreprises sur les baux et contrats assimilés », *JURIM.*, 2009, nr. 1, pp. 175-196.
- D'HONDT, L., « Relatieve wijzen van tenietgaan van zakelijke rechten in artikel 3.17 BW: een evenwichtige regeling? », *T.B.O.*, 2021, n° 1, pp. 26-35.
- DUQUESNE, B., « Financement immobilier - Considérations typologiques et structurelles », *JURIM.*, 2009, n° 3, pp. 7-25.
- DURVIAUX, A.-L., « La promotion immobilière et les marchés publics », *JURIM* 2008, nr. 1, pp. 59-76.
- ERNEUX, P.-Y. et FRANSSSENS, E., « Chapitre 9 - Le droit de superficie réformé - Commentaire des aspects importants pour la pratique notariale », *Le droit des biens au jour de l'entrée en vigueur de la réforme*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 383-406.
- GEORGE, F. et OUCHINSKY, N., « 4 - Les difficultés suscitées par la nouvelle définition des sûretés réelles au sens de l'article 3.3 du Livre 3 du Code civil », *Actualités en droit de l'insolvabilité*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 149-172.
- GREGOIRE, M., « L'hypothèque et le mandat hypothécaire », *JURIM*, 2009, n° 3, pp. 111-186.
- HANSENNE, J., « Résiliation d'un bail emphytéotique » (note Comm. Charleroi, 19 mars 1996), *Chronique de droit à l'usage du Notariat*, vol. XXVI, 23 octobre 1997, partim Biens, pp. 86-88.
- HERINCKX, Y., « Les emphytéoses, superficies et usufruits sont-ils des actifs bancables ? », *RGEN*, 2004, n° 10, pp. 430-450.
- KLUYSKENS, A., *Beginselen van burgerlijk recht. Zesde deel, Voorrechten en hypotheken*, 2^e édition, Antwerpen Brussel Gent : Standaard Boekhandel, 1951, 381p.
- LECOCQ, P., « 4 - Superficie et emphytéose. Actualités législatives et jurisprudentielles », *Les droits réels démembrés*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 153-205.
- LECOCQ, P., BOUFFLETTE, S., POPA, R. et SALVE, A., *Manuel de droit des biens — Tome 2: Les droits réels démembrés*, 2016, 549p.
- LECOCQ, P., « 3 - L'étendue de la propriété immobilière : évolutions présentes, et à venir ? », *Biens, propriété et copropriété : controverses et réformes*, Limal, Anthemis, 2019, pp. 77-124.
- LECOCQ, P. et SAGAERT, V., « Introduction - La réforme du droit des biens : contextualisation méthodologique et tendancielle », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 1-13.
- LECOCQ, P. et POPA, R., « Titre 1 - Dispositions générales », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 15-64.
- LECOCQ, P., « 4 – Emphytéose et superficie : Questions choisies », *Droits réels d'usage : controverses et réforme*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 159 – 202.

LECOCQ, P. e.a., « Examen de jurisprudence (2000 à 2020). Les biens - Troisième partie Les droits réels d'usage : servitude, usufruit, emphytéose et superficie », *R.C.J.B.*, 2022, n° 4, pp. 797-1099.

MOSTIN, C., « Emphytéose et superficie. 1. Aspects civils », *L'emphytéose et la superficie*, 2^e édition, Bruxelles, Larcier, 2016, 382p.

MUYLLE, M., « Erfpacht », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, pp. 443-488.

NEVEN, W. et MASELIS, R., « Boek 3 "Goederen" van het nieuw Burgerlijk Wetboek – Deel I: Een introductie », *NOT*, 2021, nr. 1, pp. 1-7.

PIRLET, B., « Application de l'article 46 de la loi sur les faillites au contrat d'emphytéose : réflexion sur la nature des droits réels à la lumière de l'arrêt de la Cour de cassation du 3 décembre 2015 », *RDC-TBH.*, 2017, nr. 7, pp. 701-729.

PIRLET, B., « Titre 7 - Droit d'emphytéose », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 321-370.

ROMAIN, J.-F., « Titre 8 - La nouvelle dimension de la superficie », *Le nouveau droit des biens*, 1^e édition, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 371-426.

SAGAERT, V., « De hervorming van het goederenrecht », *T.P.R.*, n° 1-2, 2020, pp. 389-654.

SAGAERT, V. et LECOCQ, P., « Het nieuwe goederenrecht: totstandkoming, krachtlijnen en overgangsrecht », *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, pp. 1-28.

SAGAERT, V., « Het nieuwe goederenrecht en de eventuele impact op hun waardering », *T.A.A.*, décembre 2021, pp. 25-47.

SANZOT, E., *Les droits réels démembrés : aspects civils, fiscaux, comptables et financiers*, 2008, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 743p.

SANZOT, E., « Le financement des opérations de démembrement », *JURIM* 2009, n° 3, pp. 27- 64.

STORME, M.-E. et JANSEN, R., « Het rechtmatig vertrouwen als correctief op beschikkingsonbevoegdheid », *T.B.B.R.*, 2022, nr. 5, pp. 285-294 (note Cass., 22 janvier 2021).

STRANART, A.-M. et ALTER, M., « Quel est le sort de l'hypothèque consentie par un acquéreur dont le droit est ultérieurement annulé ? », *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 493-510.

TERFVE, J. et NOEL, J., « 2.4. « Superficie : constitution, cession, extinction », *JURIM*, 2022, nr. 2-3, pp. 295-364.

T'KINT, F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, 4^e édition, Bruxelles, Larcier, 2004, 467p.

ULIRICI, X., « Analyse des conséquences fiscales de la cessation anticipée des droits réels démembrés immobiliers : emphytéose, superficie et usufruit », *R.F.D.L.*, 2013/3-4, pp. 409- 468.

VERBEKE, A.-L., PEETERS, I. et CHRISTIAENS, K., *Voorrechten, hypotheken en andere zekerheden 1996-97*, Gent, Mys & Breesch, 2000, 258p.

VERHEYE, B. « Onroerende publiciteit – Onroerende schijneigendom – Bescherming van derde te goeder trouw – Vertrouwensleer », *RWE* 2020-21, nr. 34, pp. 1335-1342.

WYLLEMAN, A. et BAECK, J., *Goederenrecht*, Brugge, die Keure/la Charte, 2023, 212p.

ZENNER, A., *Traité du droit de l'insolvabilité*, Limal, Anthémis, 2019, 1877p.

D. SOURCE INTERNET

LECOCQ, P., (novembre 2009, 35p). *Chaire pour le droit continental à l'Université Keio. La propriété immobilière, son évolution et ses divisions*. Consulté le 10 décembre 2022 sur <https://www.fondationdroitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2013/12/propriete-immobiliere-pascale-lecocq.pdf>.

PERRIN- MONLOUIS, P., (21 octobre 2021). *Bancabilité*. Consulté sur <https://edubourse.com/lexique-bancabilite/>

CARNOY, G., (2021/05/25). *Les garanties de la banque dans le financement des travaux en RDA ou sur emphytéose*. Consulté le 16 mars 2023 sur <https://gillescarnoy.be/2021/05/25/les-garanties-de-la-banque-dans-le-financement-des-travaux-en-rda-ou-sur-emphyteose/>