

position d'un preneur ayant un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans est à peu près identique à celle de l'emphytéote ; cependant le premier ne payera qu'un droit de bail (1), et le second payera un droit de mutation ! Il y a là bien des nuances dont le législateur aurait dû tenir compte. Dans le silence de la loi, on a procédé par voie d'analogie. A vrai dire, il y a des analogies en sens divers ; c'est précisément pour cette raison que l'empereur Zénon a fait du bail emphytéotique un contrat spécial ; cela suffit pour enlever toute base juridique à la jurisprudence.

La jurisprudence de la cour de cassation est constante, mais il n'en est pas de même des motifs sur lesquels elle s'appuie ; ils varient considérablement ; cependant les lois et les principes restent les mêmes. Rien ne prouve mieux que ces hésitations combien la doctrine est incertaine en cette matière. L'arrêt de 1850 dit que l'emphytéose emporte une division de la propriété. Dans l'arrêt de 1853, il n'est plus question de cette division : la cour décide que l'effet du bail emphytéotique est d'opérer la translation et l'aliénation à temps de la propriété de l'immeuble donné en emphytéose (2). Il y a une différence du tout au tout entre une propriété *divisée* et une propriété *temporaire*. Si donc l'arrêt de 1850 a raison, celui de 1853 a tort, et si l'arrêt de 1853 consacre la vraie doctrine, il faut réputer comme erroné celui de 1850. L'arrêt de 1853 est du 23 février. Deux mois plus tard, la cour rendit un nouvel arrêt qui revient à la théorie d'une division de la propriété ; il n'y est plus question d'une propriété temporaire (3).

A quoi s'arrêter au milieu de ces incessantes variations ? Il y a dans le dernier arrêt que nous venons de citer, celui du 26 avril 1853, une comparaison entre l'usufruit et l'emphytéose. La cour dit que la jouissance de l'emphytéote dépasse les limites d'un simple usufruit, et constitue à *plus forte raison*, au profit de l'emphytéote, un droit

(1) Cela est de jurisprudence. Arrêts de rejet du 24 août 1857 (Daloz, 1857, 1, 326) et du 11 novembre 1861 (Daloz, 1861, 1, 444).

(2) Arrêt de cassation du 23 février 1853 (Daloz, 1853, 1, 53). Voyez, dans le même sens, un arrêt de cassation du 18 mai 1847 (Daloz, 1847, 1, 176).

(3) Arrêt de cassation du 26 avril 1853 (Daloz, 1853, 1, 145).

immobilier dont la mutation donne ouverture au droit fixé pour la transmission des immeubles. Il y a là une solution pratique de la difficulté, que l'on peut accepter en attendant que le législateur la décide. La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § 7, n° 1) soumet au droit proportionnel de 4 pour cent les ventes ou tous autres actes translatifs de *propriété* ou d'*usufruit* de biens immeubles. Il faut laisser là l'assimilation de l'emphytéose à un acte translatif de propriété ; mais rien n'empêche de l'assimiler à un usufruit. Sans doute, les différences ne manquent point, nous allons les signaler ; mais, les différences aboutissant à donner à l'emphytéote un droit plus étendu qu'à l'usufruitier, on peut raisonner par analogie, pour mieux dire à *fortiori*, comme la cour de cassation le fait dans l'arrêt de 1853.

En Belgique, la lacune que présente la législation française a été comblée, en ce qui concerne les droits de succession, par la loi du 27 décembre 1817 (art. 11, §§ A et C). Cette loi distingue entre les propriétés immobilières et les rentes emphytéotiques ; les premières sont frappées du droit de succession à raison de leur valeur vénale au jour du décès, tandis qu'on évalue les rentes emphytéotiques à raison d'un capital formé de vingt fois la rente. Il a été jugé que la loi s'applique à l'emphytéose temporaire, la seule qui puisse se faire légalement depuis l'abolition de l'emphytéose perpétuelle (1).

§ III. L'emphytéose et le bail.

353. Ce que nous venons de dire prouve qu'il importe beaucoup de ne pas confondre l'emphytéose avec le bail. On sait que la controverse est vieille sur le point de savoir si le contrat emphytéotique est un bail ou une vente. Il ressemble au contrat de louage, en ce que le prix de la jouissance de l'emphytéote consiste en une redevance an-

(1) Arrêt de rejet de la cour de cassation de Belgique du 30 mars 1854 (Pasieris, 1854, 1, 189).

nuelle comme le prix de la jouissance du fermier ou locataire. Mais les droits de l'emphytéote sont bien plus étendus que ceux du preneur. Celui-ci n'est qu'un simple détenteur; il n'a ni actions réelles ni actions possessoires; son droit est un droit de créance, droit mobilier, et par tant non susceptible d'hypothèque. Tandis que l'emphytéote a les actions réelles et possessoires, son droit est réel, immobilier et peut être hypothéqué. Voilà pourquoi d'autres jurisconsultes assimilaient l'emphytéose à la vente; mais si les droits de l'emphytéote ressemblent aux droits de l'acheteur, il y a néanmoins des différences radicales. Le vendeur cesse d'être propriétaire, il transmet son droit à l'acheteur, il y a donc une transmission de propriété, tandis que, dans l'emphytéose, le bailleur reste propriétaire et ne transmet au preneur qu'un droit réel. Quelque étendus que soient les droits de l'emphytéote, il n'est pas propriétaire, il n'a pas le droit d'abuser de ce qui appartient au maître; il peut aliéner et hypothéquer, mais ce n'est pas l'immeuble qu'il aliène ou qu'il grève d'hypothèque, c'est son droit emphytéotique; aussi tous les actes de disposition qu'il fait sont-ils temporaires, comme son propre droit. L'empereur Zénon a donc eu raison de décider que le contrat emphytéotique n'est ni un bail ni une vente, que c'est un contrat d'une nature particulière (1).

354. L'empereur avait raison en droit, mais en fait la difficulté subsiste. Qu'il y ait des différences essentielles entre l'emphytéose et les contrats de vente et de louage, cela n'est pas douteux; mais il y a aussi des analogies. Dès lors il peut être douteux si les parties ont voulu faire un bail, une vente ou une emphytéose. Si les actes étaient rédigés avec précision, ils préviendraient les procès; malheureusement, comme le dit un arrétiste à propos de l'emphytéose, les actes sont faits avec une telle négligence qu'au lieu de prévenir les procès, ils les font naître. Dans l'espèce, il s'agissait d'un acte que les parties avaient qualifié de vente; le rédacteur de l'écrit s'était du moins servi de ce terme; mais les clauses de l'acte étaient celles

(1) L. 1, c. IV, 6 (*de jure emphyteutico*).

d'une emphytéose; la durée de la jouissance cédée était fixée à cent ans et un jour, le cessionnaire devait payer une redevance annuelle; il y avait, dit l'arrêt, translation du domaine utile au profit du preneur, c'est-à-dire emphytéose. Ce langage aussi est inexact; mais l'arrêt date de 1819 (1), et aujourd'hui encore on trouve cette doctrine surannée d'un domaine utile dans des décisions judiciaires!

La difficulté est bien plus grande quand il s'agit de distinguer l'emphytéose du bail. Ici les parties contractantes ont intérêt à déguiser leur pensée: si leur contrat peut passer pour un bail, elles ne payeront qu'un droit de bail, tandis qu'elles seront soumises à un droit de mutation si le contrat est une emphytéose. A quels caractères distinguera-t-on les baux appelés emphytéotiques des baux ordinaires? La question n'a cessé de préoccuper les jurisconsultes, et, chose singulière, les meilleurs se sont trompés. A entendre Cujas, le caractère distinctif des deux contrats consisterait dans leur durée: l'emphytéose, dit-il, est perpétuelle, ou du moins contractée à long terme, tandis que le bail ne dépasse guère un lustre (2). Il y a du vrai dans cette remarque, en ce sens que la durée habituelle des baux est de neuf ans dans nos usages modernes, tandis que les contrats emphytéotiques se font d'ordinaire pour un siècle. Cette différence de fait est devenue une différence légale en vertu de la loi de 1824, aux termes de laquelle l'emphytéose ne peut être établie pour un terme moindre de vingt-sept ans (art. 2 et 17). Mais cela ne tranche pas la difficulté. Les baux ordinaires peuvent être faits à longs termes; il peut donc y avoir un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans, comme il peut y avoir une emphytéose de même durée; nous en avons cité des exemples et nous allons en citer encore. Donc voilà un caractère qui ne peut pas servir à distinguer l'emphytéose du bail.

Domat dit que l'emphytéose est distinguée des baux à ferme par deux caractères *essentiels* qui sont les *fonde-*

(1) Bruxelles, 7 juillet 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 419).

(2) Cujas, sur la loi 74, Dig., *de rei vindic.*

ments des règles propres à l'emphytéose; le premier est la perpétuité, le second est la translation d'une espèce de propriété (1). Aujourd'hui, il ne peut plus être question de perpétuité, puisque nos lois proscrivent l'emphytéose perpétuelle. Déjà dans l'ancien droit, la doctrine de Domat était inexacte; lui-même avoue qu'il y avait des baux emphytéotiques qui n'étaient pas perpétuels, mais seulement à longs termes, comme pour cent ans ou quatre-vingt-dix-neuf ans. Ce manque de précision étonne: s'il y a des emphytéoses temporaires, comment peut-on faire de la perpétuité un caractère *essentiel* du contrat emphytéotique? Reste la translation d'une *espèce de propriété*. Voilà une expression très-vague: est-ce ce que Cujas et Doneau appellent un *quasi-domaine* (nos 344, 348)? Dans ce cas, il n'y a pas translation de propriété, mais seulement une jouissance très-étendue. Est-ce le *domaine utile*? Domat reproduit cette doctrine traditionnelle, vraie au moyen âge, inexacte d'après le droit romain, inadmissible dans le droit moderne. Il y a ceci de vrai dans la doctrine de Domat, c'est que les droits de l'emphytéote ressemblent aux droits du propriétaire plutôt qu'à ceux du fermier. Si l'acte détermine les droits de l'emphytéote, il sera facile de distinguer l'emphytéose du bail; il suffit d'un mot pour cela, car la différence essentielle consiste en ceci, c'est que l'emphytéote a un droit réel et que le preneur n'a qu'un droit de créance.

355. La question s'est présentée bien des fois devant la cour de cassation, et les décisions ont presque toujours été motivées d'une manière différente. Un arrêt de l'an VII cite les lois romaines; il en résulte, dit-il, que le bail emphytéotique est l'aliénation du *domaine utile*, avec réserve du *domaine direct*, et que l'emphytéote devient propriétaire du fonds (2). L'erreur est évidente; nous venons de la signaler. Dans l'espèce, il s'agissait d'un bail, car il était stipulé que, le bailleur venant à vendre, le preneur ne pourrait être expulsé de la ferme: ce qui était décisif;

(1) Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. X, n° 3.

(2) Arrêt de cassation du 23 nivôse an VII (Daloz, au mot *Louage emphytéotique*, n° 7, 1°).

mais la cour se trompait en insistant sur ce que le bailleur restait propriétaire, car celui qui donne à emphytéose reste toujours propriétaire.

La même distinction du domaine direct et du domaine utile est reproduite dans un arrêt de 1822 (1). Dans l'espèce, il n'était pas douteux que le bail fût emphytéotique. Le premier juge, confondant le bail ordinaire avec l'emphytéose, avait refusé à l'emphytéote les actions possessoires. C'était une erreur évidente; mais la cour suprême aussi se trompa en motivant sa décision sur un prétendu domaine utile appartenant à l'emphytéote. L'usufruitier n'a certes pas de domaine utile; en un certain sens, il est même possesseur précaire ainsi que l'emphytéote; ce qui n'empêche pas que l'un et l'autre n'aient les actions possessoires.

La difficulté se représentant tous les jours, la cour de cassation a cru devoir décider en principe la question de savoir quels sont les caractères auxquels on peut reconnaître l'emphytéose. On lit dans un arrêt de 1857 que l'emphytéose se manifeste par les caractères suivants: « la longue durée de la jouissance; le droit de disposer d'une manière presque absolue de l'immeuble concédé; la modicité de la redevance convenue et l'obligation par l'emphytéote de supporter la dépense que peuvent entraîner les améliorations qui ont été prévues (2). » Nous venons de dire que la durée de la jouissance ne distingue pas l'emphytéose du bail; en faisant de la longue durée un caractère distinctif de l'emphytéose, la cour de cassation oubliait que, d'après sa propre jurisprudence, un bail de quatre-vingt-dix-neuf ans ne laisse pas d'être un bail ordinaire. Est-il vrai que l'emphytéote a le pouvoir presque absolu de disposer du fonds emphytéotique? Il peut disposer de son droit d'emphytéose: l'usufruitier a le même pouvoir; il y a plus, le preneur aussi peut céder son bail. Sans doute les droits de l'emphytéote sont plus considérables que ceux du preneur, mais ils ne consistent pas,

(1) Arrêt de cassation du 6 juin 1822 (Daloz, au mot *Action possessoire*, n° 534).

(2) Arrêt de rejet du 24 août 1857 (Daloz, 1857, 1, 326).

comme le dit la cour, à disposer de l'immeuble donné à emphytéose; le fonds reste la propriété du bailleur, lui seul en peut disposer, l'emphytéote ne peut disposer que de son droit d'emphytéose. Quant au troisième caractère concernant les améliorations, il n'est pas essentiel non plus, l'emphytéote n'est pas tenu à améliorer, et par contre le preneur peut y être obligé par son bail. De là suit que le dernier caractère énuméré par la cour de cassation manque également d'exactitude; la redevance était modique alors que l'emphytéote devait améliorer; aujourd'hui que l'on donne des terres cultivées à emphytéose, le canon ne diffère guère du fermage.

Il y a un autre arrêt doctrinal qui se rapproche plus de la vérité. « L'emphytéose, dit la cour, diffère du bail à long terme en ce qu'elle transmet un *droit réel* sur le fonds, un quasi-domaine qui permet d'en disposer d'une manière presque absolue, et qui est bien différent du droit dont le simple bail investit le fermier. » Voilà les vrais principes; l'emphytéote a un droit réel, tandis que le fermier n'a qu'un droit de créance. La cour ne dit pas quel est le droit du fermier; nous dirons au titre du *Bail* qu'elle n'admet pas la théorie de Troplong sur la réalité de ce droit. Nous acceptons aussi l'expression de *quasi-domaine* dont la cour se sert pour qualifier les droits de l'emphytéote; elle vient de Cujas et de Doneau, et elle contredit le système de la division de la propriété que nous venons de combattre. « L'emphytéose, continue la cour, a pour but d'améliorer le fonds plutôt que d'assurer la perception régulière des produits, et il se manifeste, non pas toujours, mais le plus ordinairement, par la modicité de la redevance (1). » C'est trop dire que d'affirmer que l'emphytéose ait pour but d'améliorer le fonds. D'après la loi belge, cela est évident; l'emphytéote n'est plus obligé d'améliorer, il en a seulement le droit. Déjà dans l'ancienne jurisprudence, l'amélioration n'était plus un caractère distinctif de l'emphytéose, puisqu'on donnait à bail emphytéotique des fonds en plein rapport.

(1) Arrêt de rejet du 21 novembre 1831 (Dalloz, 1861, 1, 444).

356. L'application de ces principes n'est pas sans difficulté, parce que les principes, tels que la cour de cassation les a formulés, ont quelque chose de vague et même d'inexact. Nous avons déjà parlé de l'arrêt du 23 nivôse an VII (n° 355); le caractère du contrat n'était guère douteux. Il en est de même d'une espèce jugée par la cour de Bruxelles. Les parties avaient donné à leur contrat le nom de *chyns*, par lequel on désignait jadis l'emphytéose; le bail était fait pour quatre-vingt-dix-neuf ans, il donnait au fermier le pouvoir de changer les terres en bois sans le consentement du chapitre: clause qui marque une jouissance plus étendue que celle du fermier (1).

Voici une espèce singulière dans laquelle, à notre avis, il n'y avait ni bail ni emphytéose. La ville de Paris céda pour soixante et dix ans la jouissance d'un terrain, à charge par le cessionnaire d'y faire construire un marché dont elle deviendrait propriétaire à la fin du contrat. Cet acte était qualifié d'emphytéose; il fut remis en nantissement au trésor pour sûreté d'un prêt de 100,000 francs. La cour de Paris décida qu'il n'y avait pas de nantissement, ni par suite de privilège, parce que le contrat établissait une emphytéose, c'est-à-dire un droit réel immobilier. Les caractères usuels de l'emphytéose se rencontraient en effet: obligation d'améliorer et de supporter toutes les charges, tous les impôts, jouissance à longs termes. Mais il en manquait un: le paiement d'une redevance. La cour de Paris crut que le canon emphytéotique prenait sa source dans les idées de féodalité: la lecture de la première venue des lois romaines sur l'emphytéose l'aurait convaincue de son erreur. Par une contradiction étrange, la cour ressuscita un préjugé féodal, en jugeant que le contrat emphytéotique aliénait temporairement le *domaine utile* (2). Toujours est-il que sans redevance il n'y a pas d'emphytéose (n° 347). Le contrat était donc un contrat innomé. Engendrait-il un droit réel? On pouvait l'admettre par voie d'analogie; le contrat ressemblait, en effet,

(1) Bruxelles, 11 février 1819 (*Pasicrisie*, 1819, p. 305).

(2) Paris, 3 février 1836 (Dalloz, au mot *Louage emphytéotique*, n° 7, 4°).

plus à une emphytéose et à un usufruit qu'à un bail. Peu importe que le droit réel ne soit pas mentionné par le code civil; nous avons dit ailleurs que le propriétaire peut accorder sur son fonds tel droit réel qu'il juge convenable (1).

357. C'est ce que la cour de cassation elle-même a décidé dans l'espèce suivante. Une commune donne à bail un terrain en nature de pâturage pour une durée de quatre-vingts ans, moyennant une redevance modique, à la charge d'effectuer des constructions, plantations, défrichements et autres améliorations qui devaient rester au bailleur à l'expiration du bail, et sous l'obligation pour le preneur de supporter toutes les charges de la propriété. Était-ce un bail ou une emphytéose? La question est très-douteuse. Toutes ces clauses ne pourraient-elles pas être stipulées dans un bail ordinaire? Le contrat ne disait pas que le preneur avait un droit réel, il ne lui donnait pas le droit d'hypothéquer, et c'est là le seul caractère distinctif de l'emphytéose. En supposant que ce fût une emphytéose, naissait la question de savoir si le code maintenait ce droit. Il ne prononce pas le mot. N'importe, dit la cour; il permet de conférer sur les biens un droit de jouissance (art. 543), sans déterminer ni restreindre les conditions ou l'étendue du droit qui pourra être concédé. L'article 543 que la cour invoque n'est pas décisif, car on peut soutenir que par droit de *jouissance* la loi entend l'usufruit; mais les principes généraux ne laissent aucun doute sur le pouvoir du propriétaire de démembrement son droit à sa volonté.

358. Une commune concède à un particulier, en vertu d'une ordonnance royale, la jouissance d'un immeuble consistant en un étang. La concession, faite pour soixante et dix ans, est qualifiée de bail. Le preneur s'oblige à faire certains travaux dans le but d'améliorer la propriété et d'en changer l'exploitation, sans pouvoir rien réclamer à la fin de sa jouissance. Un arrêt de la cour de Nîmes décida que ce contrat démembrement la propriété en trans-

(1) Voyez le tome VI de mes *Principes*, p. 107, n° 84.

portant au preneur le domaine utile pendant la durée du bail. La cour de cassation rejeta le pourvoi, par le motif que la cour d'appel n'avait fait qu'user du droit souverain qui lui appartenait de rechercher et de déclarer la volonté des parties, qu'elle n'avait pas méconnu du reste les caractères qui distinguent le bail emphytéotique du bail à ferme (1). A notre avis, l'interprétation que la cour de Nîmes donna au contrat est très-douteuse. La difficulté se réduit à ceci : y a-t-il démembrement de la propriété, c'est-à-dire un droit réel immobilier? Les clauses de l'acte que nous avons rapportées ne disent rien des droits du preneur; dès lors il est très-difficile de décider que la volonté des parties était de démembrement la propriété. Quand les parties qualifient le contrat de bail, qu'elles n'imposent au preneur aucune obligation qui ne soit compatible avec le louage ordinaire, qu'elles ne lui donnent aucun droit qui dépasse les droits d'un fermier, nous ne voyons pas sur quoi l'on se fonderait pour qualifier le contrat d'emphytéose, et pour y voir la transmission d'un droit réel immobilier.

359. Lorsque les parties elles-mêmes qualifient leur contrat d'emphytéose, il n'y a plus de doute, nous semble-t-il, pourvu que, comme notre loi l'exige, il soit fait au moins pour vingt-sept ans : la durée du bail, la modicité de la redevance, l'obligation de faire certains travaux d'amélioration ne sont pas des caractères décisifs, puisqu'ils peuvent se rencontrer dans un bail ordinaire aussi bien que dans un bail emphytéotique. La nature du contrat reste donc douteuse tant que les parties ne s'expliquent pas sur les droits qui résultent du bail. Mais si elles donnent le nom d'emphytéose à leur contrat, elles décident la question, puisqu'il est de l'essence de l'emphytéose de conférer un droit réel à l'emphytéote (2). Si les parties ne s'expliquent pas, et que du reste aucune clause de l'acte n'implique la concession d'un droit réel, il y aura bail et par suite un simple droit de créance.

(1) Arrêt de rejet du 9 janvier 1854 (Daloz, 1854, 1, 118).

(2) Comparez un arrêt de rejet de la chambre civile du 26 janvier 1864 (Daloz, 1864, 1, 83).

360. De là résulte que le plus souvent les actes contenant une cession de jouissance seront considérés comme baux plutôt que comme emphytéoses. Un hospice donne un terrain à bail pour vingt-sept ans, à la charge d'y faire des constructions pour lesquelles une indemnité est convenue à la cessation de la jouissance. Le preneur cède son droit. Un créancier hypothécaire veut le comprendre dans l'expropriation qu'il poursuit à titre de droit immobilier. Il a été jugé que ce contrat était un bail, et qu'il n'en résultait qu'un droit mobilier. Rien ne prouvait, en effet, que l'intention du bailleur fût de démembrer sa propriété en concédant au preneur le domaine utile, comme le dit la cour d'après la doctrine traditionnelle (1).

Par application de ces principes, le tribunal de la Seine a décidé que l'emphytéose ne peut résulter que de la stipulation formelle des parties contractantes. Il ne faut pas entendre cette décision en ce sens que les parties doivent se servir du terme d'emphytéose ou de bail emphytéotique; nous ne connaissons plus de termes sacramentels. Le tribunal ajoute que si les parties ont qualifié leur contrat de bail, le juge ne peut pas transformer ce bail en emphytéose, alors qu'il n'y a pas de démembrement de la propriété. Si donc il était dit dans l'acte que le preneur pourrait aliéner, hypothéquer, ou s'il était dit simplement qu'il jouirait d'un droit réel dans la chose, il y aurait démembrement de la propriété, et par suite le bail serait emphytéotique, quand même les parties ne lui auraient pas donné ce nom (2).

Un bail est consenti pour quatre-vingt-dix-sept ans à une compagnie de chemin de fer. L'acte contenait des clauses qui ne se trouvent pas d'ordinaire dans un bail à loyer : le preneur était chargé de suivre à ses risques et périls les actions concernant la jouissance de la chose louée, de payer l'impôt foncier, de faire les grosses réparations avec faculté de démolir, de subir sans diminution

(1) Arrêt de rejet du 15 janvier 1824 (Daloz, au mot *Louage emphytéotique*, n° 7, 3°).

(2) Jugement du tribunal de la Seine du 28 août 1844 (Daloz, 1845, 4, 225).

de loyer la perte partielle de la chose. Bien que n'étant pas usuelles, ces clauses ne sont pas incompatibles avec un bail ordinaire. Rien n'indiquait du reste que le preneur eût un droit réel dans la chose louée. Au contraire, le bailleur se réservait l'exercice de toutes les actions relatives à la propriété de l'immeuble, ce qui excluait toute aliénation du domaine utile, comme s'exprime la jurisprudence, pour mieux dire, tout démembrement de la propriété. Il fut décidé, en conséquence, que la convention était passible du droit de vingt centimes pour cent francs, applicable aux baux à ferme, et non du droit de 5 francs 50 centimes pour cent francs, auquel sont assujettis les baux emphytéotiques (1). La différence est grande, trop grande, nous semble-t-il; il y a ici une lacune dans la législation qui devrait être comblée.

Un bail est fait pour quatre-vingt-dix-neuf ans. Il est dit dans l'acte que le preneur ne pourra disposer du terrain qui fait l'objet de la location que conformément au droit commun établi au titre du *Louage*. Cette clause était décisive; il en résultait, en effet, que le preneur n'avait qu'un droit mobilier, droit qu'il pouvait céder, mais sans avoir le droit d'hypothéquer l'immeuble. Il y avait, il est vrai, des clauses peu usitées dans un bail, mais elles n'étaient pas inconciliables avec le louage ordinaire, et s'expliquaient par la longue durée du contrat. L'acte réservait, au contraire, au bailleur le droit illimité de grever d'hypothèques les terrains affermés, ce qui prouvait, dit la cour de cassation, que le bailleur conservait ce que l'on appelle le domaine utile. Donc il n'y avait pas d'emphytéose (2).

Il a encore été jugé par la cour de cassation que la longue durée du bail et l'obligation de faire des améliorations qui reviendront au bailleur ne suffisent pas pour que le bail soit emphytéotique, le bail ordinaire n'excluant pas des clauses de cette nature. La cour établit ensuite le vrai caractère qui distingue le bail emphytéotique du bail

(1) Arrêt de rejet du 24 août 1857 (Daloz, 1857, 1, 326).

(2) Arrêt de rejet du 11 novembre 1861 (Daloz, 1861, 1, 444).

ordinaire, c'est qu'il opère un démembrement de la propriété, et transmet au preneur un droit réel susceptible, comme la propriété même, d'être donné, vendu, hypothéqué. L'emphytéote avait-il, dans l'espèce, un droit réel? Loin d'avoir la libre disposition de la chose, il n'en avait pas même la libre jouissance; en effet, une clause de l'acte interdisait au preneur la faculté de sous-louer sans l'autorisation du bailleur. Le contrat était donc un bail (1). Cet arrêt est considérable, il confirme tout ce que nous avons enseigné. La cour ne parle plus de domaine direct ni de domaine utile, elle ne dit plus que l'emphytéote a une propriété temporaire, elle ne dit pas même qu'il a une espèce de propriété, un quasi-domaine. La propriété est démembrée comme elle l'est en cas d'usufruit, l'emphytéote a un droit réel immobilier, c'est ce droit dont il a la libre disposition. Là où ce démembrement existe, il y a emphytéose; là où il n'existe pas, il y a bail.

Un arrêt de la cour de Bruxelles consacre ces principes. Il était dit dans l'acte qu'un jardin était loué, à titre de bail, pour quatre-vingt-dix-neuf ans; le bailleur promettait de faire jouir le preneur à ce titre. La cour dit très-bien que cette clause suffit pour caractériser le contrat. Du reste, toutes les clauses étaient conçues dans le même esprit. Le preneur s'obligeait à cultiver le jardin « à règle de bonne culture »; ce qui implique qu'il ne pouvait changer ni la nature ni la destination du fonds loué; l'acte entraînait à cet égard dans des détails minutieux, qui attestaient la sollicitude jalouse du propriétaire; il prévoyait encore le cas de sous-location. Il est vrai que le preneur avait la faculté de planter des arbres fruitiers ou d'agrément sur le terrain loué et d'y construire des bâtiments; mais cette faculté ne suppose pas que le preneur ait un droit dans la chose; il la tient de la convention, comme cela se fait assez souvent dans les baux de longue durée. Or, dès que le preneur n'a pas le *jus in re*, ce que l'arrêt appelle improprement le domaine utile, il n'y a pas de démembrement de la propriété, donc pas d'emphytéose (2).

(1) Arrêt de rejet du 6 mars 1861 (Dalloz, 1861, 1, 417).

(2) Bruxelles, 18 février 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 63).

§ IV. *Emphytéose et usufruit.*

361. L'emphytéose a une grande analogie avec l'usufruit : l'emphytéote a le droit de jouir comme l'usufruitier, et il jouit comme lui en vertu d'un droit réel. Il y a cependant des différences. L'usufruit est une servitude personnelle; attachée à la personne de l'usufruitier, elle s'éteint à sa mort. L'emphytéose n'est pas une servitude; elle se transmet aux héritiers de l'emphytéote. D'après la définition que la loi belge donne de l'emphytéose, elle implique l'obligation de payer une redevance annuelle; cela est de l'essence de l'emphytéose. L'usufruit peut être établi à titre gratuit; l'usufruit légal est gratuit de son essence; l'usufruit conventionnel résulte d'ordinaire du contrat de mariage, c'est donc une libéralité. Il en est de même de l'usufruit testamentaire. Toutefois l'usufruit peut être constitué à titre onéreux, à charge par l'usufruitier de payer une redevance annuelle. Il y a alors une analogie de plus entre l'usufruit et l'emphytéose. Est-ce à dire que le canon emphytéotique ait la même nature, le même objet que le prix payé par l'usufruitier? Non. L'usufruit établi à titre onéreux est un contrat aléatoire, le prix est fixé à raison de l'âge, de la santé et de toutes les circonstances que l'on prend en considération quand il s'agit d'évaluer un droit viager. Il n'y a aucune chance dans l'emphytéose. Le canon ne représente pas même la jouissance; la loi belge dit qu'il est payé en reconnaissance du droit de propriété de celui qui donne le bien à emphytéose. Enfin la jouissance de l'emphytéote est plus étendue que celle de l'usufruitier; la loi de 1824 dit qu'il a la *pleine* jouissance; et le code civil dit (art. 578) que l'usufruitier jouit comme le propriétaire, mais à la charge de conserver la substance de la chose. Tel est le principe; nous dirons plus loin quelles conséquences en dérivent.