

CHAPITRE II.

COMMENT L'EMPHYTHÉOSE S'ÉTABLIT.

§ 1^{er}. *Qui peut établir une emphytéose ?*

362. L'emphytéose étant un démembrement de la propriété, il faut appliquer les principes qui régissent toute constitution de droits réels : celui qui donne un bien à emphytéose doit être propriétaire et avoir la capacité d'aliéner (1). C'est une différence notable entre le bail ordinaire et le bail emphytéotique ; le louage est un acte d'administration que les administrateurs du patrimoine d'autrui peuvent faire, tandis qu'ils ne peuvent pas consentir un contrat d'emphytéose. Il suit de là que les biens des mineurs ne peuvent être donnés à emphytéose que sous les conditions et dans les formes prescrites pour l'aliénation des immeubles. Il en est de même du renouvellement des baux emphytéotiques. Les femmes mariées qui sont séparées de biens ont la libre administration de leur patrimoine, elles peuvent faire des baux de neuf ans, elles ne pourraient consentir de bail emphytéotique. Si elles étaient mariées sous le régime dotal, elles ne le pourraient pas même avec l'autorisation du mari, car les biens dotaux étant inaliénables, leur aliénation partielle est défendue, de même que l'aliénation totale. Enfin le même principe s'applique aux communes et aux autres personnes dites civiles, elles ne peuvent aliéner que sous certaines conditions ; ces mêmes conditions doivent être remplies pour les baux emphytéotiques. Il a été jugé que les baux emphytéotiques ont le caractère d'une aliénation et que suivant les an-

(1) Donelli *Comment.*, IX, 13, 8. Argou, *Institution au droit français*, t. II, p. 304. Merlin, *Répertoire*, au mot *Emphytéose*, § 1, n° 5.

ciennes lois du pays de Liège, notamment une ordonnance de 1706, les immeubles appartenant aux communes ne pouvaient être aliénés sans une autorisation spéciale du prince en son conseil (1).

363. Acheter est un acte d'administration ; le tuteur peut acheter, il peut donc aussi stipuler un droit d'emphytéose. Il en est de même de la femme qui a la libre administration de ses biens. Celui qui acquiert l'emphytéose doit néanmoins être capable de s'obliger, car l'emphytéote contracte des obligations. On doit donc appliquer les principes généraux concernant les incapables (2).

§ II. *Sur quels biens l'emphytéose peut-elle être établie ?*

364 Les immeubles seuls peuvent être donnés à emphytéose. Notre loi le dit (art. 1^{er}). C'est une nouvelle différence entre le bail ordinaire et le bail emphytéotique, de même qu'entre l'emphytéose et l'usufruit. Les nécessités sociales et économiques qui firent introduire le contrat d'emphytéose n'ont rien de commun avec les objets mobiliers ; si l'on ne trouve pas à les louer, on trouve toujours à les vendre. Il y a plus. L'emphytéose primitive ne s'appliquait pas à toute espèce d'immeubles ; le titre même des Pandectes qui traite de l'emphytéose marque que les fonds de terre faisaient seuls l'objet de contrats emphytéotiques. Doneau, fidèle à l'esprit de la législation romaine, dit que les bâtiments ne peuvent pas être donnés à emphytéose ; ils ne faisaient l'objet des baux emphytéotiques que comme accessoires du sol. Mais si le but de l'institution fut de trouver des cultivateurs pour les immenses propriétés des Romains de l'Empire, elle ne tarda pas à s'éteindre. Voet dit que de son temps les moulins étaient donnés à emphytéose dans les Pays-Bas (3). D'après notre droit, la question n'est plus douteuse, puisque la loi de 1824 se sert de l'expression générale d'*immeubles*.

(1) Liège, 19 juillet 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 235). Comparez Donelli *Comment.*, IX, 13, 10.

(2) Voet, *Commentar. ad Pandectas*, lib. VI, tit. III, § 6, p. 440.

(3) Donelli *Comment.*, IX, 13, 11 (t. V, p. 350). Voet, VI, 3, 7, p. 440.

§ III. *A quel titre l'emphytéose peut-elle être établie?*

365. L'usufruit, avec lequel l'emphytéose a une grande analogie, peut être établi à titre gratuit ou à titre onéreux. En est-il de même de l'emphytéose? La tradition répugne à l'idée de gratuité; le contrat porte le nom de bail, et il n'y a pas de bail gratuit; veut-on y voir une vente, il n'y a pas non plus de vente gratuite. Notre loi décide la question dans le même sens, puisqu'elle exige une redevance annuelle, que l'emphytéote doit payer au propriétaire en reconnaissance de son droit de propriété. Cependant tous les auteurs enseignent que l'emphytéose peut être constituée par testament, bien qu'ils avouent qu'il n'existe pas d'exemple d'une emphytéose testamentaire. L'emphytéose imposant des obligations à l'emphytéote, on ne conçoit pas au premier abord qu'elle s'établisse par une simple déclaration de volonté du propriétaire. Puis le legs n'est-il pas un titre gratuit comme la donation? Il va sans dire qu'il n'y a pas d'emphytéose sans redevance; le testateur devra donc mettre cette charge à son legs; l'acceptation du légataire sera aussi nécessaire pour qu'il y ait emphytéose, puisqu'il ne peut être obligé sans son consentement (1). Il y aurait néanmoins cette différence entre l'emphytéose testamentaire et l'emphytéose contractuelle, c'est que la première ne devrait pas être transcrite, puisque, d'après notre loi hypothécaire, les actes entre vifs sont seuls assujettis à la transcription. Il est inutile de nous arrêter davantage à une question qui est une de ces difficultés que la théorie imagine et que la pratique ignore.

366. D'après son origine et d'après son but, l'emphytéose est un contrat à titre onéreux. Il porte toujours le nom de bail dans l'usage, ce qui implique qu'il se parfait par le concours de consentements. Comme il engendre un droit réel immobilier, l'acte qui le constate devra être transcrit. Doit-on conclure de là qu'un écrit est nécessaire pour la validité du contrat emphytéotique? La tradition

(1) Donelli *Comment.*, IX, 13, 13 (t. V, p. 351). Voet, VI, 3, 3.

laisse quelque doute. Doneau enseigne que, d'après la loi de Zénon, il fallait un écrit; mais les constitutions impériales sont si mal rédigées, qu'une argumentation fondée sur le texte seul a peu de valeur. Il est certain que dans la pratique on s'écarta de la constitution de Zénon. Voet établit très-bien que, l'emphytéose tenant de la vente et du louage, il n'y avait pas plus de raison d'exiger un écrit pour la validité du bail emphytéotique que pour le bail ordinaire ou pour la vente. Dans l'ancienne jurisprudence, le contrat ne suffisait pas pour transmettre la propriété ni un droit réel quelconque, il fallait des formalités connues sous le nom d'*œuvres de loi* (1). Le code civil a innové en établissant le principe que la propriété se transmet par le seul effet du concours de consentements. Mais cela n'est vrai qu'entre les parties; à l'égard des tiers, la transcription est requise. S'il y avait une emphytéose établie par testament, il faudrait nécessairement un écrit, puisque le testament est un acte solennel; par contre, il ne faudrait pas de transcription, d'après la loi belge sur le régime hypothécaire (art. 1^{er}).

367. Dans l'ancien droit, l'emphytéose pouvait être établie à perpétuité, elle était même censée perpétuelle si, par une clause expresse, elle n'était stipulée temporaire. Domat allait plus loin, il faisait de la perpétuité une condition essentielle de l'emphytéose; c'était, d'après lui, un des caractères qui distinguent le bail emphytéotique du bail ordinaire (2). Les lois portées après la révolution de 1789 abolirent la perpétuité de toute espèce de concessions; elles maintinrent l'emphytéose temporaire faite pour quatre-vingt-dix-neuf ans et au-dessous; quant aux emphytéoses contractées à perpétuité, elles furent déclarées rachetables, de même que toutes les rentes perpétuelles (3). La loi belge de 1824 a maintenu ce principe; elle fixe un maximum de durée de quatre-vingt-dix-neuf ans et un minimum de vingt-sept; c'est la seule disposition à laquelle

(1) Donelli *Comment.*, IX, 13, 14 (t. V, p. 352). Voet, VI, 3, 3.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Emphytéose*, § 1, n° 1. Domat, *Lois civiles*, liv. 1, tit. IV, sect. X, n° 3 et 4.

(3) Loi des 18-29 décembre 1790, art. 1.

le législateur ne permette pas de déroger (art. 1 et 17).

368. Quel serait l'effet d'un bail emphytéotique contracté pour moins de vingt-sept ans ou pour plus de quatre-vingt-dix-neuf? Il n'y a aucune difficulté dans la première hypothèse. Pourquoi le législateur belge a-t-il fixé un minimum de durée pour les baux emphytéotiques? Lors de la discussion préparatoire du projet de loi, une section avait demandé que l'on retranchât cette disposition. Le gouvernement répondit qu'une période assez longue devait être fixée pour la durée de l'emphytéose, sinon il ne resterait pas de différence caractéristique entre ce contrat et celui de louage. Si donc le contrat est fait pour moins de vingt-sept ans, ce n'est plus une emphytéose, partant ce sera un bail ordinaire, et il sera régi par les principes que le code établit sur le louage.

Il y a plus de difficulté pour le bail emphytéotique qui excéderait quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut pas valoir comme bail, car on admet que la loi de 1790 s'applique aux baux ordinaires, comme nous le dirons au titre du *Louage*. En faut-il conclure que le contrat sera nul, en ce sens qu'il ne produira aucun effet? Il est de principe que les contrats doivent être interprétés de manière qu'ils produisent un effet, plutôt que de leur donner un sens avec lequel ils n'en produiraient aucun (art. 1157). Si les parties ont simplement dépassé le terme de quatre-vingt-dix-neuf ans sans déclarer l'emphytéose perpétuelle, il y aura contrat emphytéotique, mais chacune des parties pourra demander qu'il soit réduit à la durée légale. Ce que les parties ont voulu, c'est que le bail eût la plus longue durée possible; on donne effet à leur volonté en maintenant le bail pour quatre-vingt-dix-neuf ans. Il était d'usage jadis dans nos provinces de stipuler que l'emphytéose durerait cent ans et un jour; certes personne ne songerait à déclarer nul un pareil contrat. Mais que faut-il décider si le bail est fait à perpétuité?

Constatons d'abord que la loi de 1824 n'annule pas le contrat, elle dit seulement que les parties ne peuvent pas déroger à la disposition qui fixe un maximum de durée pour l'emphytéose. Reste à savoir quel sera l'effet d'un

pareil contrat. Faudra-t-il le réduire à la durée légale de quatre-vingt-dix-neuf ans? Ce serait changer la nature des conventions que les parties ont voulu faire; elles ont voulu faire un contrat perpétuel; le réduire à un contrat temporaire, ce serait altérer les conventions sous couleur de les interpréter. Le juge n'a pas ce droit. Est-ce à dire que le bail sera nul pour le tout, qu'il ne produira aucun effet? Non, il tombera sous l'application de la loi de 1790, laquelle permet de racheter toutes les redevances perpétuelles stipulées dans l'ancien droit. Ce principe a été consacré pour l'avenir par l'article 530 du code civil, aux termes duquel toute rente établie à perpétuité, pour le prix de la vente d'un immeuble, ou comme condition de la cession d'un fonds immobilier, est essentiellement rachetable. Une concession emphytéotique faite à perpétuité tombe sous l'application de cette disposition; donc le contrat subsistera, mais l'emphytéote pourra toujours demander le rachat de la redevance qu'il s'était obligé à payer, ce qui transformera la redevance en un prix capital. C'est l'opinion générale (1) et elle a été consacrée par la jurisprudence (2).

L'application de ces principes a donné lieu à une difficulté. Lorsque le bail est fait en faveur du concessionnaire et de ses descendants en ligne directe, doit-on le considérer comme perpétuel ou comme temporaire? Il a été jugé qu'un bail fait pour une durée illimitée, bien qu'avec une clause de résolution si la condition prévue par le contrat se réalise, est une emphytéose perpétuelle; en effet, on ne peut pas dire qu'elle soit temporaire, puisqu'elle n'est pas limitée à un terme fixé d'avance. Mais il nous semble que la cour de cassation est allée trop loin en décidant, dans les motifs, que tous les baux faits pour plus de quatre-vingt-dix-neuf ans sont réputés faits à perpétuité (3). La loi de 1790 n'établit pas cette présomption, et la loi de

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Emphytéose*, § 5, n° 7 (t. VI, p. 288). Duranton, t. IV, p. 68, n° 78.

(2) Arrêt de cassation du 15 décembre 1824 (Daloz, au mot *Louage emphytéotique*, n° 15, 1°).

(3) Arrêt de rejet du 6 janvier 1852 (Daloz, 1852, 1, 250).

1824 encore moins, car elle ne prononce pas même le mot de perpétuité. Dans notre opinion, la différence est grande; l'emphytéose est-elle contractée pour un temps qui excède la durée légale, elle reste néanmoins un bail emphytéotique, l'emphytéote ne pourra pas demander le rachat, tandis qu'il peut le demander si le bail est perpétuel.

Faut-il appliquer les mêmes principes à un bail héréditaire? L'affirmative a été jugée par la cour de cassation; mais elle n'a fait que confirmer un arrêt rendu par la cour de Colmar (1). La décision s'applique donc plutôt aux baux héréditaires, tels qu'ils sont en usage dans l'Alsace, qu'à toute espèce de baux perpétuels. N'est-ce pas aller trop loin que de poser en principe, comme semble le faire l'arrêt, que tout bail héréditaire ou perpétuel est une emphytéose? L'intention des parties ne peut-elle pas être de maintenir au bail héréditaire le caractère d'un droit de créance? Or, un droit de créance, quelque longue que soit sa durée, n'est jamais un droit réel. Nous reviendrons sur la durée des baux, au titre du *Bail*.

369. L'emphytéose peut-elle s'établir par prescription? En droit romain, la question est très-controversée. Jadis l'affirmative était généralement admise; on discutait seulement sur le point de savoir s'il fallait appliquer les principes qui régissent la prescription des servitudes ou ceux qui concernent la prescription de la propriété (2). Cet accord des anciens jurisconsultes est d'un grand poids dans le débat. En supposant même qu'ils se soient trompés, leur opinion n'en atteste pas moins la tradition, et ce point est capital, puisque l'emphytéose est une institution essentiellement traditionnelle. Mais est-il vrai qu'ils se soient trompés? La controverse dure toujours, et nous n'avons aucune qualité pour la décider; toutefois il y a un argument qui nous a frappé. Les textes laissent la question indécise; c'est dire que l'on reste sous l'empire du droit commun. Or, la propriété s'acquiert par la prescription, ainsi que les démembrements de la propriété,

(1) Arrêt de rejet du 16 juin 1852 (Daloz, 1852, 1, 284).

(2) Glück, *Pandekten*, t. VIII, § 609, p. 466.

l'usufruit et les servitudes. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'emphytéose (1)? En droit français, l'argument a une grande force; la prescription est un moyen général d'acquérir (art. 711 et 2219); peut-il y avoir une exception pour l'emphytéose sans un texte qui la consacre? Il y a des objections, mais elles sont purement romaines, pour mieux dire de théorie, car la pratique les a longtemps ignorées, et c'est surtout la tradition vivante qui nous intéresse. Sur ce terrain, la question cesse d'être douteuse. Voet enseigne comme un principe non contesté que l'emphytéose s'acquiert par la prescription dans tous les cas où il y a lieu à la prescription acquisitive (2). Il en était de même dans la jurisprudence française (3). Enfin il a été jugé que, d'après les coutumes flamandes ainsi que d'après le droit canonique et civil, la prescription de quarante ans suffisait pour prescrire le domaine, soit direct, soit utile, contre les églises, chapitres et communautés (4). Reste à savoir si le principe traditionnel est aussi celui de notre droit moderne.

La loi de 1824 est muette aussi bien que la législation romaine. Ce silence ne prouve rien; car la loi ne traite pas des modes par lesquels l'emphytéose peut être constituée; par cela seul elle maintient le droit commun. Le principe de la prescription est général, comme nous venons de le dire. Pour qu'il ne s'appliquât pas à l'emphytéose, il faudrait que quelque règle de la prescription acquisitive s'opposât à la prescription. L'usucapion est la prescription acquisitive proprement dite; elle exige titre, bonne foi et possession de dix ou vingt ans. L'emphytéose peut l'invoquer en vertu de l'article 2265; cela ne nous paraît pas douteux; le seul auteur qui examine la question est de notre avis (5). Mais on prétend que la prescrip-

(1) Windscheid, *Lehrbuch der Pandekten*, t. 1^{er}, p. 629, § 221. Dans le même sens, Van Wetter, *Cours de droit romain*, t. 1^{er}, p. 462 et note 5, et les auteurs qui y sont cités. En sens contraire, Vangerow, *Pandekten*, t. 1^{er}, p. 730, et les auteurs qu'il cite.

(2) Voet, *Comment. ad Pandect.*, VI, 3, 4, p. 439.

(3) Troplong, *Du louage*, n° 35 et les auteurs qu'il cite, p. 92, note 7, de l'édition belge.

(4) Bruxelles, 11 février 1819 (*Pasicriste*, 1819, p. 305).

(5) Pepin Le Halleur, *Histoire de l'emphytéose*, p. 320 et suiv.

tion de trente ans est inadmissible; elle ne demande ni titre ni bonne foi, elle se fonde sur la possession. Il faut donc supposer qu'une personne a possédé pendant trente ans un fonds à titre d'emphytéose; nous croyons qu'elle aura acquis le droit d'emphytéose par prescription. On objecte que l'emphytéose est un droit temporaire dont la durée varie, d'après le titre, depuis vingt-sept ans jusqu'à quatre-vingt-dix-neuf. Pour quel terme l'emphytéote aura-t-il prescrit? On peut dire que c'est le maximum, parce que telle est l'intention de celui qui prescrit. Toutefois la décision est arbitraire, car rien ne manifeste cette interprétation. A vrai dire, la difficulté demanderait une solution législative. On objecte encore que la prescription fait acquérir un droit, mais qu'elle ne crée pas d'obligation; cependant l'emphytéose impose une obligation, celle de payer une redevance. En vertu de quel principe l'emphytéote qui aura prescrit payera-t-il le canon? Nous répondons que puisqu'il se prétend emphytéote, il doit aussi payer une redevance emphytéotique; c'est la conséquence de la prescription. On acquiert par la prescription ce que l'on a possédé; or, celui qui invoque la prescription a possédé pendant trente ans à charge de payer une redevance, il continuera à la payer : *tantum præscriptum, quantum possessum.*

CHAPITRE III.

DROITS DE L'EMPHYTÉOTE.

§ 1^{er}. Droit de disposition.

370. Doneau dit que les droits de l'emphytéote se rapprochent beaucoup de ceux du propriétaire, à ce point qu'il peut faire à peu près tout ce que le propriétaire a le

droit de faire (1). C'est ce pouvoir étendu de l'emphytéote qui a conduit la doctrine et la jurisprudence à imaginer un partage de la propriété, ou une copropriété, entre l'emphytéote et le bailleur. La cour de cassation a fini par renoncer à cette théorie et notre loi la condamne. Elle répète ce que dit Doneau : « L'emphytéote exerce tous les droits attachés à la propriété du fonds » (art. 3), mais elle se hâte d'ajouter : « il ne peut rien faire qui en diminue la valeur. » Il n'a donc pas ce pouvoir illimité sur la chose qui appartient au propriétaire et que lui permet d'abuser. C'est dire qu'il n'est pas propriétaire, il n'a qu'un démembrement de la propriété. D'après la rigueur des principes, il faut dire que le droit réel d'emphytéose est dans le domaine de l'emphytéote, mais il n'a pas la propriété du fonds emphytéotique : comment l'aurait-il alors qu'il paye une redevance pour reconnaître le droit de propriété du bailleur?

371. La propriété, dit l'article 544, est le droit de disposer des choses de la manière la plus absolue. Ce pouvoir de disposer implique le droit d'aliéner. L'emphytéote aussi a le droit d'aliéner; mais qu'est-ce qu'il peut vendre, échanger, donner? Est-ce le fonds emphytéotique? Non, la loi belge dit qu'il a la faculté d'aliéner *son droit* (art. 6). Ce pouvoir d'aliénation, qui est allégué si souvent dans les arrêts de la cour de cassation pour prouver que l'emphytéote a le domaine utile, témoigne donc contre ceux qui l'invoquent; il ne diffère pas en essence du pouvoir de l'usufruitier; celui-ci aussi peut « vendre ou céder son droit à titre gratuit » (art. 595); le preneur même peut céder son bail (art. 1717). L'emphytéote ne peut pas aliéner le fonds emphytéotique, par l'excellente raison que ce fonds ne lui appartient pas; or, nous ne pouvons transmettre à d'autres plus de droits que nous n'en avons nous-mêmes. Il n'a qu'un droit réel, il ne peut transmettre qu'un droit réel (2). C'est en ce sens que Doneau interprète les lois romaines (3); au point de vue des principes, cela n'est pas douteux.

(1) Donelli *Comment.*, IX, 14, 2 et 3.

(2) Gesterding, *Die Lehre vom Eigenthum*, p. 421, note 9.

(3) Donelli *Comment.*, lib IX, c. XIV, § 7, p. 263.