

2022 # 4

(Revue trimestrielle/30e année/ne paraît pas en juillet et août)

Bureau de dépôt
Antwerpen X

Paraît 4 fois par an
les mois de mars, juin,
septembre et décembre

Revue de Droit Communal

DOCTRINE

- > Le nouveau droit des biens : quelques considérations en matière de domanialité publique et de droit administratif
Linli-Sophie PAN-VAN DE MEULEBROEKE
Rolland GAUTIER

ACTUALITÉS JURISPRUDENTIELLES

RECENSION BIBLIOGRAPHIQUE

Wolters Kluwer

R. Vanhaesendonck



Wolters Kluwer



Le nouveau droit des biens : quelques considérations en matière de domanialité publique et de droit administratif

Linli-Sophie PAN-VAN DE MEULEBROEKE

Avocate associée Equal Partners

Gautier ROLLAND

Avocat associé Equal Partners et assistant à l'UCLouvain

TABLE DES MATIÈRES

I	Introduction	2
II	Lignes de force et changements induits par la réforme du droit des biens	2
	a. Portée de la réforme en général	3
	b. Portée de la réforme sur le droit public	4
III	Impact pratique de la réforme sur la valorisation des biens des pouvoirs locaux	5
	a. Évolution de la conception de la domanialité publique	5
	b. Conséquences de la réforme du droit des biens au regard du droit public	7
IV	Conclusion	10

I Introduction

1. La réforme du droit des biens, concrétisée par l'entrée en vigueur du livre 3 dans le nouveau Code civil, était fort attendue. Au programme : restructuration, simplification et modernisation.

Si l'attention des civilistes a été naturellement mobilisée par cette réforme d'envergure, il n'aura pas échappé aux administrativistes que la réforme du droit des biens emporte également des implications publiques, notamment en matière de domanialité publique.

2. La réforme pose invariablement la question de la détermination de l'impact de la réforme dans la pratique des projets immobiliers portés par les autorités, notamment locales.

La présente contribution débute par une description générale des principales nouveautés susceptibles d'impacter les pouvoirs publics et leurs rapports aux biens.

Elle concentrera ensuite son propos sur un aspect précis de la réforme du droit des biens, celui de la possibilité désormais consacrée de concéder tous droits réels ou personnels durables sur un bien du domaine public. En particulier, elle propose une analyse critique et constructive des difficultés créées par les ouvertures offertes par la réforme, à la lumière des sempiternelles frictions entre droit civil et droit administratif.

II Lignes de force et changements induits par la réforme du droit des biens

3. Le droit des biens est un héritage juridique qui nous vient tout droit de l'époque des grandes codifications entreprises par Napoléon. Dans une société agricole et postrévolutionnaire, les règles qui le sous-tendaient étaient adaptées au regard du contexte de l'époque.

Près de deux siècles plus tard, les destinataires de ces règles ont profondément changé. Le législateur fédéral a estimé devoir procéder à une refonte du droit des biens, comme le reste des règles contenues par le Code civil. Après une longue gestation, le droit des biens nouveau est donc arrivé le 1^{er} septembre 2021.

L'objectif du législateur est manifeste : entreprendre la modernisation (et non pas la révolution¹) du droit des biens, afin que celui-ci soit adapté « aux besoins de la société actuelle »². Profitant de cette rénovation des règles juridiques, le législateur a saisi l'occasion pour intégrer de manière structurée l'ensemble des règles du droit des biens – auparavant dispersées dans plusieurs textes – pour revoir certaines règles afin de les rendre plus fonctionnelles, mais aussi afin de flexibiliser le droit des biens en proposant une nouvelle balance entre la liberté contractuelle et la sécurité juridique.

1. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 4.

2. *Ibid.*, p. 3.

a. Portée de la réforme en général

Bien que cette contribution ne prétende pas à l'exhaustivité³, il importe de revenir sur les éléments essentiels de la réforme. Les lignes de force de la réforme se traduisent par plusieurs points : la structuration du livre 3 du nouveau Code civil, le caractère supplétif et subsidiaire du droit commun des biens, ainsi que la modification du contenu des droits réels.

i. L'organisation du livre 3

Le livre 3 est structuré en huit titres. Le premier titre déploie les dispositions générales, qui irriguent l'ensemble du droit des biens. Le titre 2 constitue un catalogue des classifications proposées. Les titres suivants portent successivement sur le droit de propriété, la copropriété, les relations de voisinage, le droit d'usufruit, le droit d'emphytéose et le droit de superficie.

ii. Le caractère supplétif et subsidiaire du droit des biens

Afin de concrétiser l'importance donnée à la liberté contractuelle, le législateur a prévu que le livre 3 s'applique de manière supplétive⁴, sauf en ce qui concerne les définitions et sauf dans les cas prévus par la loi. Le caractère supplétif de la majorité de ses dispositions contribue significativement à flexibiliser le droit des biens afin qu'il puisse s'adapter aux contingences voulues par les parties contractantes⁵. Cette suppléativité est tempérée par la création d'un système fermé de droits réels⁶. Pratiquement, cela implique pour les parties la possibilité d'aménager quasiment à leur guise les droits réels créés par le législateur, à condition de demeurer dans le cadre institué par ce dernier.

4. Par ailleurs, le droit des biens se voit conférer un caractère subsidiaire, en application du principe *lex specialis derogat legi generali*⁷. En d'autres termes, la subsidiarité a pour conséquence qu'une disposition légale spécifique écarte l'application d'une disposition du droit des biens qui serait incompatible avec la première. Bien que l'article 3.2 se réfère à la primauté des « dispositions spéciales régissant des biens particuliers tels que les droits de propriété intellectuelle ou

les biens culturels », cette énumération n'est pas exhaustive. Les travaux préparatoires de la loi insérant le livre 3 rangent, parmi les dispositions spéciales, les décrets touchant aux biens du domaine public⁸. À titre d'illustration, l'on songe au décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, qui prévoit la possibilité de constituer un droit réel sur le domaine public des aéroports et aérodromes wallons à certaines conditions⁹.

iii. Les autres modifications du droit des biens

5. Outre les modifications ci-dessus, le législateur a également œuvré en matière de droit d'emphytéose, de droit de superficie, d'usufruit, de prescription acquisitive, de troubles de voisinage, de servitudes, de jours et vues, de publicité foncière, ... Il ne rentre pas dans notre propos de s'attarder sur l'ensemble des modifications adoptées. Nous nous arrêterons principalement sur la manière dont le droit d'emphytéose et le droit de superficie ont été revus par le législateur, lequel a pris acte de l'utilisation importante des droits d'emphytéose et de superficie dans les développements de projets immobiliers.

6. Le droit d'emphytéose subit plusieurs modifications fondamentales. D'une part, est consacrée une définition de l'emphytéose qui comprend désormais l'interdiction de la dépréciation volontaire de la valeur de l'immeuble, de sorte qu'il ne pourrait y être dérogé¹⁰. D'autre part, la durée pour laquelle une emphytéose peut être constituée est désormais établie à minimum quinze ans et maximum nonante-neuf ans¹¹.

7. Le droit de superficie est, quant à lui, entièrement revu. Il se définit désormais comme un droit réel d'usage qui confère la propriété des volumes, bâtis ou non, en tout ou en partie, sur, au-dessus ou en dessous du fonds d'autrui aux fins d'y avoir tous ouvrages ou plantations¹². L'élément novateur de cette nouvelle conception du droit de superficie repose sur la propriété « par volumes ». En d'autres mots, le titulaire d'un droit de superficie se voit reconnaître une propriété, non plus sur un bâtiment, mais sur un volume exprimé de manière tridimensionnelle.

3. À cette fin, nous renvoyons le lecteur notamment aux ouvrages suivants : N. BERNARD, *Le droit des biens après la réforme de 2020*, Limal, Anthemis, 2020 ; S. BOUFFLETTE, V. DEFRAITEUR, N. GOFFLOT, E. JADOUL, B. PIRLET, R. POPA, C. ROUSSIEAU et A. SALVÉ, *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020 ; B. HAVET et N. BERNARD (dir.), *Le droit des biens revisité. Après la loi du 4 février 2020*, Limal, Anthemis, 2021.

4. Art. 3.1 du Code civil « Les parties peuvent déroger aux dispositions du présent Livre, sauf s'il s'agit de définitions ou si la loi en dispose autrement ».

5. Il est à signaler que le caractère supplétif du droit des biens n'est pas totalement neuf, puisqu'il était déjà d'application pour le droit d'emphytéose (art. 8 de la loi du 10 janvier 1824 sur le droit d'emphytéose) et le droit de superficie (art. 17 de loi du 10 janvier 1824 sur le droit de superficie).

6. Art. 3.3 du Code civil « 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 ».

7. Art. 3.2 du Code civil « Les dispositions du présent Livre ne préjudicient pas aux dispositions spéciales régissant des biens particuliers tels que les droits de propriété intellectuelle ou les biens culturels ».

8. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 13.

9. Art. 4bis de décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, inséré par le décret-programme du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative, *M.B.*, 1^{er} mars 2005, p. 7963.

10. Art. 3.167 C. civ.

11. Art. 3.169 C. civ.

12. Art. 3.177 C. civ.

Désormais un droit de superficie peut être constitué pour une durée allant jusqu'à nonante-neuf ans (contre cinquante ans auparavant)¹³. Ainsi conçu, le droit de superficie se révèle être un outil particulièrement intéressant dans le cadre de projets immobiliers qui requièrent l'exploitation d'un volume au-dessus d'un fond, bâti ou non. Songeons notamment aux partenariats public-privé de placement de panneaux solaires sur les bâtiments ou aux constructions d'étages supplémentaires sur des bâtiments existants.

b. Portée de la réforme sur le droit public

8. La réforme du droit des biens emporte dans son sillage des conséquences concrètes sur la pratique du droit public, et plus singulièrement du droit administratif. Nous revenons respectivement sur le droit de la domanialité publique ainsi que d'autres modifications pointillistes, mais non dénuées d'importance pratique.

i. Le nouveau droit de la domanialité publique

9. Le législateur a saisi l'occasion d'une refonte du droit des biens pour y insérer une référence au droit de la domanialité publique. L'article 3.45 prévoit désormais que :

« Les biens publics appartiennent au domaine privé, sauf s'ils sont affectés au domaine public.

Les biens du domaine public ne sont pas susceptibles de prescription acquisitive par une autre personne privée ou publique et ne peuvent faire l'objet d'une accession en faveur de toute autre personne privée ou publique ou de tout autre mode originaire d'acquisition. Toutefois, il peut exister un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle ».

10. Ce faisant, le législateur procède à une reformulation de la définition des biens du domaine public.

Tout d'abord, il instaure une présomption générale d'appartenance au domaine privé, par contraste avec le régime antérieur où le domaine privé disposait d'un statut résiduaire.

Le législateur renonce ensuite à l'énumération casuistique des biens relevant du domaine public ainsi qu'à la qualité du propriétaire des biens du domaine public.

Enfin, est confirmée l'indisponibilité des biens relevant du domaine public au regard de la prescription acquisitive, de l'accession ou de tout mode originaire d'acquérir. Le législateur fait cependant un pas de plus en admettant la constitution (ou l'acquisition par prescription¹⁴) d'un droit personnel ou d'un droit réel d'usage sur un bien du domaine public à condition que la destination publique de ce bien n'y fasse pas obstacle.

Nous reviendrons ci-après sur les conséquences pratiques de la nouvelle conception de la domanialité publique.

ii. Les autres nouveautés en lien avec le droit public

11. D'autres changements apportés par la réforme du droit des biens méritent d'être relevés. Nous reviendrons sur la possibilité de constituer une emphytéose ou une superficie à titre perpétuel à des fins de domanialité publique, sur la faculté de saisir ou d'hypothéquer un droit de superficie – conséquence qui découle d'un droit d'usage administratif, et sur la disparition des biens communaux.

(a) La constitution d'une emphytéose et d'une superficie perpétuelles à des fins de domanialité publique

12. Si les durées maximales de constitution d'un droit d'emphytéose et de superficie sont des dispositions à caractère impératif, le législateur a prévu la possibilité d'y déroger « lorsque et tant qu'il est constitué (...) à des fins de domanialité publique »¹⁵. Deux remarques s'imposent à ce stade : cette faculté est réservée au propriétaire de l'immeuble (ou du fonds) et non au titulaire du droit d'usage¹⁶, et le droit réel d'usage est constitué tant que demeure l'affectation publique du bien, et donc sa satisfaction de l'intérêt général. Comme conséquence de cette condition, est également prévue la possibilité pour le juge de mettre fin à cette perpétuité dès le centième anniversaire¹⁷, lorsque « ce droit a perdu toute utilité, même future ou potentielle »¹⁸. Comme le souligne V. Defraiteur, « C'est donc le projet emphytéotique (l'aménagement d'une place, d'un parc, d'une gare) qui doit revêtir une forme de domanialité publique. Nous en déduisons en conséquence que l'immeuble grevé d'emphytéose pourrait appartenir à une personne privée ou relever du domaine privé de l'État »¹⁹. En effet, les travaux préparatoires soulignent que, dans le cas

13. Art. 3.180 C. civ.

14. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 112.

15. Art. 3.169 et 3.180 C. civ.

16. V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose 'version 2020' en 20 questions », in *Le droit des biens revisité*, Limal, Anthemis, 2021, p. 261.

17. Ce délai se compte, en principe, à dater de la désaffectation, et non de la date de constitution, comme l'a précisé le législateur en matière de superficie, et par analogie, sans doute également pour l'emphytéose. Voir Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 340.

18. Art. 3.175 C. civ.

19. V. DEFRAITEUR, « L'emphytéose 'version 2020' en 20 questions », *op. cit.*, p. 262.

d'un droit d'emphytéose ou de superficie, celui-ci est « octroyé aux fins d'ériger des constructions relevant du domaine public »²⁰. Il s'agit d'une nouveauté qui devrait permettre la constitution d'emphytéoses ou de superficie à titre perpétuel, parce que ceux-ci sont constitués à des fins de domanialité publique, sur des biens appartenant à des particuliers ou relevant du domaine privé de l'administration.

(b) La faculté de saisie ou d'hypothèque d'un droit de superficie-conséquence découlant d'un droit d'usage administratif

13. Dans le cas d'un droit de superficie-conséquence, c'est-à-dire un droit de superficie qui naît comme conséquence d'un droit d'usage sur un immeuble qui confère à son titulaire le pouvoir d'y réaliser des ouvrages ou plantations, le législateur a établi comme principe que ces droits ne peuvent être cédés, saisis ou hypothéqués isolément du droit dont ils découlent²¹. Il s'agit d'une application du principe selon lequel le droit de superficie-conséquence, droit accessoire en quelque sorte, est soumis au régime juridique applicable au droit duquel il découle.

14. Ce principe est assorti d'une importante exception liée au droit administratif. Lorsque le droit de superficie-conséquence découle d'un droit d'usage administratif, une saisie ou une hypothèque (mais non une cession²²) dirigée contre ce seul droit de superficie-conséquence est possible²³. Il est autorisé de penser que la notion de « droit d'usage administratif » recouvre au moins les figures de la concession domaniale et de l'autorisation domaniale²⁴. Le législateur justifie cette exception, déjà bien installée par la pratique, en soulignant la nécessité de garantir le financement des ouvrages d'infrastructure d'un concessionnaire, ce dernier grevant avec l'accord du concédant les ouvrages réalisés ou à réaliser d'une hypothèque. Il s'agit d'une manière de participer à la sécurité juridique dans le cadre de cette pratique répandue notamment dans les concessions portuaires²⁵.

(c) La disparition de l'ancrage législatif des biens communaux

15. Dans l'ancienne mouture du Code civil, l'article 542 définissait les biens communaux comme « ceux à la propriété ou au produit desquels les habitants d'une ou plusieurs communes ont un droit

acquis ». Il s'agissait d'une subsistance des droits d'usage ancestraux en vigueur sous l'Ancien régime, tels que les droits d'affouage, de pacage ou d'aisance. La Cour constitutionnelle avait néanmoins jugé que « l'article 542 du Code civil n'a pas pour effet d'accorder aux habitants d'une commune, à titre personnel, un droit de propriété ou un droit de jouissance. Les biens communaux sont en réalité la propriété des communes ou des sections de communes »²⁶. Ces biens communaux relèvent bien de la propriété des communes.

16. Or, le nouveau Code civil ne consacre plus de disposition légale spécifique aux biens communaux. Le législateur ne s'en explique pas davantage. De deux choses l'une : ou bien le législateur a volontairement supprimé la catégorie juridique des biens communaux, ou bien il a péché par omission et il faudrait considérer que le régime juridique des biens communaux continue de s'appliquer de manière implicite. D'après la réponse du Ministre de la Justice à une question parlementaire qui lui était posée en Commission de la justice, la seconde hypothèse semblerait s'imposer²⁷. D'autres y voient par ailleurs une ouverture vers un encadrement des biens communaux par les entités fédérées²⁸. En toute hypothèse, la sécurité juridique liée au régime des biens communaux nous paraît particulièrement affaiblie. Une clarification du législateur serait la bienvenue.

III Impact pratique de la réforme sur la valorisation des biens des pouvoirs locaux

17. Après un bref aperçu de la matière brute fournie par la réforme du droit des biens, encore faut-il en percevoir les impacts sur la pratique du droit des biens, tout particulièrement dans le chef des pouvoirs locaux. Nous examinerons successivement l'évolution de la conception du domaine public, avant d'en tirer les conséquences au regard du droit public.

a. Évolution de la conception de la domanialité publique

18. L'article 3.45, alinéa 2, du nouveau Code civil consacre expressément la possibilité d'octroyer un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine

20. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 317.

21. Art. 3.182, al. 1^{er} et 2, C. civ.

22. Les travaux préparatoires précisent que « L'interdiction de transférer un droit de superficie-conséquence ou les ouvrages et plantations qui en découlent indépendamment du droit principal demeure : la personne à qui le droit de superficie-conséquence et les ouvrages et plantations sont transférés (que ce soit ou non après réalisation d'une hypothèque) deviendra nécessairement aussi titulaire du droit d'usage administratif ». Voir Proposition de loi du 23 juin 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, Chambre, doc. 55 2084/001, p. 13.

23. Art. 3.182, al. 3, inséré par l'article 8 d la loi du 13 juillet 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, M.B., 20 juillet 2021, p. 71594.

24. Proposition de loi du 23 juin 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, Chambre, doc. 55 2084/001, p. 13.

25. Proposition de loi du 23 juin 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, Chambre, doc. 55 2084/001, p. 13.

26. C.C., arrêt n° 44/1999 du 20 avril 1999, B.5.

27. Question parlementaire de L. Zanchetta à V. Van Quickenborne, Ministre de la Justice, Chambre, Commission de la justice, 10 novembre 2021, doc. 55 COM 625, p. 1.

28. J. STRAET, L. JACOB et P. WALCKIERS, « Des droits hybrides et communs pour accéder et protéger la terre. Etude de droit comparé et application à la Région wallonne », A.D.L., 2022, n° 1, pp. 233-234.

public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle.

Ce faisant, le législateur prend position sur une controverse de longue date portant sur la possibilité de grever un bien du domaine public de droits personnels ou réels durables.

i. Une conception traditionnelle du domaine public...

19. Le principe est celui de l'indisponibilité des biens du domaine public, à savoir leur inaliénabilité, leur imprescriptibilité et leur insaisissabilité.

Selon la conception traditionnelle, l'inaliénabilité des biens du domaine public impliquait qu'ils ne pouvaient être vendus, échangés ou donnés. Ils ne pouvaient non plus en principe subir de démembrement de la propriété. Aucun droit d'usufruit, d'usage, d'habitation, de servitude, ne pouvait être consenti. Les biens du domaine public ne pouvaient pas davantage faire l'objet d'un droit de superficie ou d'emphytéose, ni être donnés en location²⁹.

À titre exceptionnel, certains droits pouvaient être octroyés sur un bien du domaine public, à condition d'être précaires et révocables, les deux principales figures utilisées à cette fin étant l'autorisation domaniale et la concession domaniale³⁰.

ii. ... À l'épreuve des assouplissements jurisprudentiels et législatifs...

20. La conception traditionnelle a progressivement été assouplie à la faveur d'une conception relative de l'indisponibilité des biens du domaine public. Il était apparu que dans certaines circonstances, l'existence de droits plus durables, tels que des droits réels d'usage, était envisageable.

21. Dès les années 1960, la Cour de cassation a admis qu'un **droit de servitude** puisse grever un bien du domaine public « à condition qu'elle ne soit pas incompatible avec la destination publique de ce domaine, ne fasse pas obstacle à son usage public et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler ou de modifier cet usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité. »³¹.

La majorité de la doctrine considérait à l'époque que cette jurisprudence ne concernait que les seules servitudes et ne pouvait s'étendre à des droits réels grevant les biens immeubles de manière plus importante tels que les droits de superficie ou d'emphytéose. D'autres estimaient au contraire que les enseignements de la jurisprudence précitée pouvaient être étendus à l'ensemble des droits réels³².

22. Par un arrêt du 18 mai 2007, la Cour de cassation a pour la première fois admis qu'un **droit de superficie** pouvait être admis sur un bien du domaine public, « pour autant qu'il ne fasse pas obstacle à la destination publique du bien »³³.

23. S'il était désormais admis qu'un droit de superficie puisse exister sur un bien du domaine public, le doute demeurait en ce qui concerne le **droit d'emphytéose**. En effet, sous l'empire de l'ancien Code civil, le droit d'emphytéose avait une durée minimale impérative de 27 ans. Cette durée minimale semblait inconciliable avec l'idée selon laquelle les pouvoirs publics doivent pouvoir à tout moment régler le droit octroyé sur un bien du domaine public du fait de son affectation publique.

Face à cette incertitude, la plupart des auteurs ont appelé à la prudence dans l'attente d'une clarification jurisprudentielle³⁴.

24. Il faut noter que les législateurs n'ont pas attendu ces développements jurisprudentiels pour consacrer la pratique administrative précitée. Citons à titre d'exemples le décret wallon du 23 juin 1994 relatif aux aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne³⁵, autorisant notamment le Gouvernement wallon à constituer un droit de superficie sur le domaine public aéroportuaire wallon, ou encore les décrets wallons du 8 février 1996 et du 4 février 1999 modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO), autorisant le Gouvernement wallon à octroyer à la SOFICO tout droit réel immobilier temporaire de nature à lui permettre la réalisation de son objet social³⁶.

29. D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim*, 2008/1, p. 41.

30. B. LOMBAERT et O. DI GIACOMO, « Les titres d'occupation du domaine public », *Revue pratique de l'immobilier*, 3/2015.

31. Cass., 11 septembre 1964, *Pas.*, 1965, I, p. 29.

32. D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim*, 2008/1, p. 44.

33. Cass., 18 mai 2007, C.06.0096.N/9, *J.L.M.B.*, 2007, p. 1727, cons. 4 et 5 : « 4. Si un bien constitue une dépendance du domaine public il est ainsi destiné à l'usage de tous ; nul ne peut, dès lors, acquérir un droit privé pouvant constituer un obstacle à cet usage et porter atteinte au droit des pouvoirs publics de le réglementer à tout moment, eu égard à cet usage. 5. Toutefois, dans la mesure où un droit privé de superficie ne fait pas obstacle à la destination précitée, il peut être établi sur un bien du domaine public ».

34. Voir not. F. MOÏSES, J.-F. JAMINET et A. VANDEBURIE, *Promotion immobilière publique. Partenariats public-privé en Région wallonne et en Communauté française*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 325 ; D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE, M. PÂQUES, « Domaine public, domaine privé, bien des pouvoirs publics », *Rép. not.*, T. XIV, Le droit public et administratif, Livre 7, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 137.

35. *M.B.*, 15 juillet 1994.

36. *M.B.*, 21 février 1996 et 16 février 1999.

iii. ... et remise en cause par la réforme du droit des biens ?

25. Dans le cadre de la réforme du droit des biens, l'article 3.45, alinéa 2, du nouveau Code civil dispose désormais qu'il peut exister « un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle ».

Le législateur confirme ainsi expressément ce qui avait été amorcé par la jurisprudence ainsi que par certaines dispositions législatives.

26. L'objectif poursuivi par le législateur – La généralisation de la possibilité d'octroyer des droits personnels et réels durables sur les biens du domaine public répond à la volonté de flexibiliser les possibilités de rentabiliser le domaine public³⁷. Il était en effet apparu que dans le cadre des partenariats public-privé notamment, les formes du bail, de l'emphytéose et de la superficie pouvaient s'avérer particulièrement opportunes³⁸. Les travaux parlementaires précisent explicitement qu'il sera désormais « possible également de concéder un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public »³⁹.

27. Le critère de « compatibilité » avec la destination publique du bien – D'emblée, notons que le choix des termes, exprimée sous un versant négatif « dans la mesure où la destination publique de ce bien n'y fait pas obstacle », semble indiquer que le législateur a opté pour le critère large de la compatibilité – et non de la conformité – à la destination publique. En d'autres termes, s'il n'est pas exigé que le droit personnel ou réel soit conforme à la destination publique du bien, il suffit en revanche que ce dernier ne soit pas incompatible avec ladite destination. À notre estime, en retenant le critère de la compatibilité plutôt que celui de la conformité, le législateur a fait le choix de la cohérence au regard de l'objectif de multiplier les possibilités de valorisation du domaine public.

28. La portée des termes « destination publique » – Il est permis de s'interroger sur ce que recouvre le critère de la « destination publique ». La précarité, qui n'est pas expressément visée par la disposition, constitue-t-elle une condition de compatibilité avec la destination publique ?

Selon les travaux préparatoires, « la Cour de cassation a affirmé depuis longtemps que la circonstance qu'un bien appartienne au domaine public n'interdit pas l'établissement sur ce bien d'une servitude, si celle-ci est incompatible avec la destination publique de ce

domaine, ne fait pas obstacle à l'usage public de ce bien et ne porte pas atteinte au droit de l'administration de régler et de modifier cet usage d'après les besoins de la collectivité (...) La Cour l'a ensuite transposé à propos d'un droit de superficie (...) ce qui a été généralement applaudi par la doctrine. Des incertitudes subsistant pour d'autres droits, et notamment les droits personnels et réels d'usage, il paraît utile de permettre de concéder, aux mêmes conditions et avec les mêmes limites que celles admises, des droits personnels ou réels d'usage sur les biens du domaine public en vue d'élargir la conception évolutionniste de l'indisponibilité des biens du domaine public »⁴⁰.

Il ressort des travaux précités que le législateur a entendu élargir la possibilité d'octroyer des droits personnels ou réels d'usage sur un bien du domaine public sans renoncer à la précarité, qui demeure une condition essentielle de l'usage du domaine public.

b. Conséquences de la réforme du droit des biens au regard du droit public

29. Nous proposons quelques réflexions à chaud tirées de la réforme et son application en droit public.

i. Quelle place pour les règles de droit administratif ?

30. La question se pose d'emblée : le législateur s'est-il comporté en pompier ou en pyromane au regard des controverses ayant agité de longue date le droit de la domanialité publique ?

À notre estime, la réponse doit être nuancée. Si le nouveau Code civil semble clore la discussion relative à la possibilité de constituer des droits personnels ou réels sur les biens du domaine public, la réforme ne manquera pas de susciter d'autres interrogations, auquel le législateur n'a pas entendu apporter de réponse lisible.

Il en va d'autant plus que, comme nous le verrons par après, le législateur a entendu réformer le droit commun des biens sans pour autant y intégrer les dimensions propres au droit public et administratif. À cet égard, il est marquant de lire dans les travaux préparatoires que les rédacteurs du projet de loi « n'entendent pas (...) prendre parti dans des controverses qui divisent les spécialistes de droit public »⁴¹. N'est-ce justement pas le rôle du législateur de garantir la sécurité juridique des opérations immobilières qui pourraient être pratiquées sur le domaine public – le cas échéant, en prenant clairement position –, a fortiori lorsque son intention est précisément de permettre expressément ces opérations immobilières ?

37. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 111.

38. *Ibid.*, p. 111.

39. *Ibid.*, p. 112.

40. *Ibid.*, p. 112.

41. *Ibid.*, p. 111.

Ce choix nous paraît d'autant plus troublant qu'à l'occasion de l'adoption du livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, un article 1.1 du Code civil a été rédigé comme suit : « *Sans préjudice des lois particulières, de la coutume et des principes généraux du droit, le présent Code régit le droit civil, et plus largement le droit privé. Il s'applique en toutes matières, sous réserve des règles propres à l'exercice de la puissance publique* »⁴². Les auteurs de l'amendement indiquent à cet égard que « (...) *les biens publics ne sont pas automatiquement soustraits à l'application du droit civil. Il n'en va ainsi que dans la mesure où ils sont affectés au domaine public, et uniquement dans la mesure prévue à l'article 3.45, alinéa 2, du Code civil* »⁴³. Un certain recul semble nécessaire afin de prendre toute la mesure de la coexistence de ces dispositions tirées du livre 1^{er} et du livre 3 du Code civil sur la pratique du droit administratif des biens.

ii. Illustration : la durée minimale d'une emphytéose et la précarité inhérente au domaine public

31. Il n'échappera pas aux observateurs avisés que le législateur fait revenir certaines controverses par la grande porte. C'est particulièrement le cas de la compatibilité entre la durée minimale impérative du droit d'emphytéose et la précarité propre au domaine public. Cette question se posait déjà⁴⁴ – sans n'avoir jamais été résolue – et connaît désormais une actualité renouvelée.

32. L'autorité qui considère par exemple que, pour un projet déterminé, le droit d'emphytéose apparaît comme la figure juridique la plus adéquate, ne devra plus douter quant à la possibilité de l'organiser sur son domaine public, grâce à la réforme du droit des biens. Néanmoins, l'autorité ne devra pas perdre de vue que l'emphytéose est le seul droit réel d'usage assorti d'une durée minimale impérative, désormais fixée à quinze ans⁴⁵ en vue précisément d'encourager les développements immobiliers.

33. La question se pose de but en blanc : comment concilier la durée minimale impérative du droit d'emphytéose et la précarité qui caractérise le domaine public ? Cette hésitation illustre les tensions qui peuvent exister lorsque, en raison de la qualité d'une des parties ou de l'objet des contrats concernés, il y a lieu d'appliquer concomitamment des règles de droit civil et de droit administratif. Ces deux corpus de règles fonctionnent selon des principes et des logiques propres, qui n'ont pas (toujours) vocation à former un tout cohérent.

Face à la volonté explicite du législateur de permettre la constitution d'un droit d'emphytéose sur le domaine public, le praticien embarrassé ne pourra plus battre en brèche derrière une conception limitée des droits qui peuvent être constitués sur le domaine public. Il faudra, dans certains cas, constater une contradiction, *a priori* insoluble, qui ne pourra être tranchée qu'à la faveur d'une certaine vision des rapports de primauté entre l'intérêt général, les intérêts de l'autorité et les intérêts particuliers.

34. En réalité, la contradiction apparente entre les exigences impératives attachées à certains droits civils et la nécessité de permettre à l'autorité publique d'adapter son action aux besoins et intérêts de la collectivité, a trait à un vaste champ de questions sujettes à controverses au sein de la doctrine, notamment la place des lois du service public dans la hiérarchie des normes, la primauté de l'intérêt général sur l'intérêt particulier, la portée des règles protectrices attachées à la domanialité publique, les prérogatives accordées à la qualité de pouvoir public, *etc.*

iii. Éléments de réflexion (1) : la combinaison entre les dispositions impératives du droit civil et le droit administratif

35. Une partie de la doctrine, et tout particulièrement civiliste, s'est déjà saisie de la question. Elle semble plaider pour une impossibilité, en toute hypothèse, de déroger à la durée minimale impérative de l'emphytéose, tout en admettant que la question devrait être approfondie à l'aune des règles de droit administratif⁴⁶.

36. La présente contribution n'entend pas trancher définitivement la question. En revanche, elle se propose de démêler les fils du métier autant que faire se peut.

37. Premièrement, la consécration par le nouveau Code civil, de la possibilité d'octroyer un droit d'emphytéose sur un bien du domaine public permet de tenir pour acquis qu'il n'y a pas d'incompatibilité de principe entre le droit d'emphytéose et le domaine public. La volonté du législateur étant de permettre l'octroi d'un droit personnel ou réel d'usage sur un bien du domaine public, chaque fois que l'octroi d'un tel droit répond adéquatement aux besoins de l'autorité (pour autant que ce droit ne fasse pas obstacle à la destination publique du bien), celle-ci devrait être encouragée à saisir cette opportunité. Néanmoins, le législateur laisse entière la question de savoir comment concilier la durée minimale impérative de l'emphytéose avec l'exigence de précarité issue des règles de droit administratif et domanial.

42. Loi du 28 avril 2022 portant le livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil, *M.B.*, 1^{er} juillet 2022.

43. Amendement n° 3 de M. Geens et crts, doc. 55 1805/008, p. 4.

44. Voir not. D. DÉOM, P.-Y. ERNEUX, D. LAGASSE et M. PÂQUES, « Les droits réels démembrés », *Rép. not.*, t.XIV, 1, VII, Bruxelles, Larcier, 2008, n° 137.

45. Art. 3.169 C. civ.

46. En ce sens : B. PIRLET, « Titre 7 – Droit d'emphytéose », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 341.

38. Deuxièmement, il est utile de rappeler la raison d'être du droit de la domanialité publique, qui est avant tout un droit de protection. L'ensemble des règles protectrices attachées à la domanialité publique répond à un régime d'exception en vue de protéger les biens nécessaires à la satisfaction de l'intérêt général, notion nécessairement évolutive. Pour reprendre les termes de D. Lagasse, « *Par définition, le domaine public doit rester à tout moment à la disposition du public ou du service public auquel il est affecté (...). Aussi, l'une des caractéristiques essentielles de l'utilisation privative du domaine public est-elle sa précarité. L'autorité peut y mettre fin dès qu'elle considère que l'intérêt général l'exige. Cette précarité a pour but de garantir la continuité de l'affectation du domaine public.* »⁴⁷. La fonction spécifique de la domanialité publique ne semble pas pouvoir s'accommoder d'une interdiction *a priori* de réglementer à tout moment un droit concédé sur un bien du domaine public.

39. Troisièmement, il convient de rappeler que les travaux préparatoires ont expressément indiqué que les nouvelles formes juridiques pouvant être concédées sur un bien du domaine public le sont « *aux mêmes conditions et avec les mêmes limites que celles admises* »⁴⁸. Par conséquent, il s'en déduit que la compatibilité avec la destination publique doit s'apprécier au regard des éléments développés par la jurisprudence de la Cour de cassation, à savoir (1) ne pas être incompatible avec la destination publique concrète du bien ; (2) ne pas faire obstacle à l'usage public ; et (3) ne pas porter atteinte au droit de l'administration de régler et de modifier l'usage d'après les besoins et l'intérêt de la collectivité.

40. À notre estime, il résulte des trois considérations précitées qu'une interdiction absolue faite à l'autorité d'exercer son pouvoir de résiliation unilatérale à tout moment, ne semble pas satisfaire aux conditions et limites développées par la jurisprudence de la Cour de cassation, et ne pourrait donc être admise.

Est-ce à dire que l'autorité aurait, en toutes circonstances, un droit de résiliation unilatérale face auquel tout intérêt personnel doit se soumettre, même si celui-ci est protégé par une disposition impérative ? La

nature des missions exercées par l'autorité publique justifie-t-elle que cette dernière bénéficie d'un pouvoir exorbitant de nature à bouleverser l'équilibre contractuel expressément organisé par le législateur ?

41. La question s'est posée dans des termes semblables à propos de la possibilité pour les bailleurs publics de déroger aux règles impératives dans le cadre d'un bail commercial conclu sur un bien du domaine privé⁴⁹. Par un arrêt du 12 mars 2003, la Cour constitutionnelle semble avoir validé le fait que l'intérêt général que l'autorité publique a pour mission de poursuivre, requiert qu'elle puisse exercer son pouvoir de résiliation unilatérale sur des concessions ou des baux, quand bien même des dispositions impératives s'y opposeraient⁵⁰. Le raisonnement qui tend à reconnaître des prérogatives exorbitantes au bailleur public du fait de sa qualité de pouvoir public et de l'essence de sa mission, même sur un bien du domaine privé, peut être regardé comme une vision maximaliste des prérogatives reconnues à la puissance publique. L'arrêt précité ne semble d'ailleurs pas avoir recueilli une large adhésion auprès des juridictions de fond et de la doctrine⁵¹. Selon les mots de D. Déom, auxquels nous souscrivons, « *Ne faut-il pas réserver au législateur le soin d'autoriser le recours à des clauses que le droit commun interdit ? La primauté de l'intérêt général justifie-t-elle vraiment, dans la gestion des biens du domaine privé, une telle liberté par rapport à des dispositions impératives qui ont leur justification spécifique en termes d'équilibre entre les intérêts des parties ?* »

42. À notre sens, il n'en va pas de même en présence d'un bien du domaine public, au regard de la raison d'être et de la fonction particulière du droit de la domanialité publique. La nuance réside dans le fait que l'intérêt général ne doit pas être confondu avec celui de l'autorité publique. L'autorité, lorsqu'elle concède un droit d'occupation sur un bien du domaine privé, le fait en principe au même titre qu'un particulier qui entend valoriser son bien immobilier. Elle devrait en de telles circonstances être soumise aux mêmes règles que tout propriétaire privé⁵². Il en va d'autant plus ainsi que le nouveau Code civil a intentionnellement consacré une formulation large de la définition des

47. D. LAGASSE, « La promotion immobilière et les exigences de la domanialité publique », *Jurim*, 2008/1, p. 41.

48. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 112.

49. Cela, compte tenu du fait que l'article 537 de l'ancien Code civil prévoyait que « *les biens qui n'appartiennent pas à des particuliers sont administrés et ne peuvent être aliénés que dans les formes et suivant les règles qui leur sont particulières* » et que l'article 1712 du même Code disposait que « *les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers* ».

50. C.C., arrêt 32/2003 du 12 mars 2003, cons. B.3. : *L'autorité publique qui accorde une concession portant sur un bien relevant de son domaine public ou qui, lorsqu'elle conclut un bail portant sur un bien relevant de son domaine privé, assortit ce bail de clauses dérogatoires au droit commun, auxquelles les « règlements particuliers » visés à l'article 1712 précité font référence, se distingue des bailleurs, personnes privées, en ce que l'intérêt général qu'elle a pour mission de défendre requiert et justifie qu'il puisse être mis fin aux conventions ainsi conclues. La précarité de la situation des concessionnaires et, le cas échéant des locataires, constitue dès lors une norme en rapport avec l'objectif poursuivi, les dispositions en cause ne pouvant être isolées du contexte dans lequel elles s'inscrivent, à savoir la subordination de tout intérêt particulier – fût-il légitime – à l'intérêt général auquel tout acte de l'autorité publique est censé se rapporter.*

51. Voir not. A. VANDEBURIE, *Propriété et domanialité publiques en Belgique. Essai de systématisation et d'optimisation du droit domanial*, Bruxelles, La Charte, 2013, p. 236.

52. Ce que rappellent, du reste, les travaux préparatoires du livre 1^{er} « Dispositions générales » du Code civil. Voir amendement n° 3 de M. Geens et crts, doc. 55 1805/008, p. 4.

biens du domaine public, renonçant à préciser les propriétaires de ces biens⁵³. Toute personne, publique ou privée, peut *a priori* être propriétaire d'un bien du domaine public. Il semble donc raisonnable de considérer que les règles de protection attachées à la domanialité publique et auxquelles sont assorties des prérogatives exorbitantes, ont vocation à s'appliquer aux biens du domaine public, et ce, quelle que soit la qualité de leur propriétaire. C'est à ce titre, et de manière stricte, que la précarité inhérente aux contrats conclus sur un bien du domaine public, devrait primer sur les intérêts particuliers.

iv. Éléments de réflexion (2) : la pertinence des concessions domaniales ?

43. Faisons le point sur l'évolution des principales figures juridiques admissibles sur un bien du domaine public ensuite de la réforme du droit des biens :

	Figures juridiques sur un bien relevant du domaine public			Concessions domaniales
	Droits personnels	Droits réels d'usage Superficie	Emphytéose	
Avant la réforme	Non	Oui	Incertain	Oui
Depuis la réforme	Oui	Oui	Oui, mais modalités incertaines	Oui

44. Suite à la consécration de la possibilité de concéder tous droits personnels ou réels d'usage sur un bien du domaine public pour autant que cela ne fasse pas obstacle à la destination publique du bien, la réforme du droit des biens amène nécessairement à reconsidérer la pertinence des figures historiquement consacrées au domaine public que sont les autorisations et concessions domaniales.

En effet, ces figures juridiques existent précisément parce qu'elles sont consubstantielles à la précarité, et donc au domaine public. Dès lors que tous types de droits personnels ou réels d'usage peuvent désormais être conférés sur le domaine public, en ce compris des contrats d'occupation précaire qui, à notre estime, remplissent des fonctions similaires, ne faut-il pas constater une réduction de la pertinence de ces figures typiques du domaine public ?

Telle ne semble pas être la volonté du législateur, puisqu'il continue à y faire référence à l'article 3.182, alinéa 3, du nouveau Code civil en matière de saisie ou d'hypothèque d'un droit de superficie-conséquence découlant d'un droit d'usage administratif⁵⁴.

Le maintien de la possibilité de recourir à l'autorisation domaniale pourrait se justifier par la volonté de pouvoir concéder un titre de pure tolérance à caractère totalement unilatéral. La question mérite en revanche d'être posée pour la concession domaniale qui, elle, est un contrat de nature à conférer un droit de créance personnel au concessionnaire et se rapproche donc des figures contractuelles de droit privé.

Sur le fond, nous ne percevons pas la réelle valeur ajoutée de conserver cette figure juridique. Or, maintenir la coexistence de deux régimes juridiques, distincts mais identiques en matière de contenu, nous paraît problématique sur le plan de la lisibilité et de la sécurité juridique. Dans l'attente d'une éventuelle clarification, il est fort à parier que les autorités publiques qui entendent octroyer un titre d'occupation précaire sur un bien du domaine public continueront, par habitude, de considérer la concession domaniale comme une forme juridique privilégiée.

IV Conclusion

45. La réforme du droit des biens comporte plusieurs modifications de nature à intéresser les pouvoirs publics. Nous en avons esquissé les contours.

46. Parmi les principales nouveautés figure la consécration par le nouveau Code civil de la possibilité d'octroyer tous droits réels ou personnels durables sur un bien du domaine public. Cette étape semblait être la suite logique d'une pratique administrative déjà bien développée d'un point de vue jurisprudentiel et législatif. Cependant, force est de constater que le législateur n'a pas accompagné cette consécration d'une réflexion aboutie sur ses implications pratiques.

47. Inévitablement, les autorités seront amenées à faire face à des contradictions apparemment inconciliables résultant de l'application concurrente des règles de droit civil et de droit administratif. Les anciennes controverses sont remises au goût du jour.

La présente contribution s'est attachée à suggérer quelques clés d'analyse en vue d'aider les autorités à outrepasser les difficultés précitées et à faire plein usage des potentialités offertes par la réforme.

La raison d'être fondamentale du droit de la domanialité publique nous paraît pouvoir justifier que des prérogatives exorbitantes au droit commun soient octroyées au propriétaire du bien du domaine public, qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée, fût-ce

53. Proposition de loi du 16 juillet 2019 « portant insertion du livre 3 'Les biens' dans le nouveau Code civil », Chambre, doc. 55 0173/001, p. 111 : « La formulation de la définition des biens du domaine public se veut large intentionnellement afin de fusionner en quelque sorte doctrine et jurisprudence sur cette question. Comme expliqué ci-dessus, il a été opté pour la neutralité quant à la question de qui peut être propriétaire d'un bien du domaine public, en enlevant la précision biens « des personnes publiques » pour qualifier ce qui constitue le domaine public (...) ».

54. Proposition de loi du 23 juin 2021 portant des dispositions urgentes en matière de Justice, Chambre, doc. 55 2084/001, p. 13 : « Il en va autrement lorsque le droit principal auquel le droit de superficie-conséquence est lié, est un droit d'usage administratif, par exemple une concession ou une autorisation domaniale (...) ».

au détriment de droits particuliers consacrés de manière impérative. L'attention sera portée non pas sur la qualité de la personne concernée, mais bien sur la nature du bien en cause.

À notre sens, les autorités sont invitées à garder ces considérations à l'esprit lorsqu'elles seront tentées d'octroyer un droit réel ou personnel durable sur un

bien du domaine public. La prise de position relève d'un parti pris, celui de la conviction qu'il serait regrettable que l'incertitude juridique apparente ne mette en péril l'enjeu même de la réforme du droit domanial, à savoir la flexibilisation des possibilités de valorisation des biens du domaine public au bénéfice des projets portés par les autorités.