

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Troubles de voisinage

Michaux, Benoit

*Published in:*

Le nouveau droit des biens

*Publication date:*

2020

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Michaux, B 2020, Troubles de voisinage. dans *Le nouveau droit des biens*. Larcier , pp. 209-285.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# TITRE 5

## LES RELATIONS DE VOISINAGE



# CHAPITRE 1

## TROUBLES DE VOISINAGE

par  
Benoît MICHAUX  
*Professeur à l'UNamur*

### SECTION 1. INTRODUCTION

1. Pour bref qu'il soit, le texte que la nouvelle loi consacre aux troubles de voisinage n'en est pas moins doté d'une force de frappe considérable. On pourrait même dire sans exagérer que sa brièveté est inversement proportionnelle à son emprise sur la pratique au point de suggérer, en termes d'impact, une comparaison avec d'autres dispositions historiquement remarquables<sup>1</sup>. Ce qui est particulier dans ce cas-ci, par contraste avec d'autres dispositions, c'est que le dispositif mis en place a été construit pendant près de six décennies, avec un large consensus, par la jurisprudence et la doctrine, *avant* d'être consacré par la loi.

2. Le nouveau Code civil ne fait donc ici que codifier un mécanisme qui s'était déjà imposé sur le terrain. Certes, le processus de mutation en texte légal n'a pas été jusqu'à consacrer l'intégralité des acquis jurisprudentiels, d'une manière explicite et systématique. Mais il est clair que la volonté du législateur est de consolider dans son ensemble une institution qui a su s'imposer avec succès. À cette occasion, il lui a même insufflé un élan supplémentaire en l'appelant explicitement à s'appliquer de manière préventive. C'est précisément cette portée préventive qui, peut-être, pourrait constituer la partie vedette de la nouvelle loi, en dépit des divergences qu'elle semble appelée à susciter – voire en raison même de ces divergences.

3. Pour prendre la juste mesure de la nouvelle réglementation, il convient de rappeler le cadre juridique tel qu'il se présentait avant l'adoption de celle-ci. À nouveau, le constat qui s'impose à ce propos est que ce cadre se limitait à une construction prétorienne : la notion de trouble de voisinage ne devait son existence qu'aux juges et non à la loi, même si, bien entendu, le travail créatif des juges s'appuyait sur une disposition phare de la loi, à savoir l'article 544 du Code civil définissant le droit de propriété.

---

<sup>1</sup> Il suffit d'évoquer l'article 1382 du Code civil ancien.

## SECTION 2. LES PRINCIPES DIRECTEURS AVANT LA LOI DE 2020

4. Ce qui n'était encore qu'une théorie des troubles de voisinage sous l'empire de l'ancien Code civil, reposait sur les principes directeurs suivants, dégagés par la Cour de cassation dans ses deux arrêts fondateurs du 6 avril 1960<sup>2</sup>.

Le premier principe consistait à attribuer une responsabilité au propriétaire d'un immeuble<sup>3</sup> qui, par un fait non fautif, impose à un propriétaire voisin un trouble excédant la mesure des inconvénients ordinaires du voisinage. Quant au deuxième principe, il consistait à imposer au propriétaire objectivement responsable l'obligation d'une juste et adéquate compensation en faveur du propriétaire victime, dans le but de rétablir l'égalité rompue.

5. Une doctrine très nourrie a été consacrée à ces principes directeurs ainsi qu'aux fondements de la théorie.

Il a été observé que le premier principe conduisait à établir une responsabilité dite objective, en ce sens qu'elle n'exige pas de faute de la part du propriétaire à l'origine du trouble. Au fil des développements jurisprudentiels, il a été ajouté que cette responsabilité objective ne faisait pas obstacle à la mise en œuvre de la forme opposée de responsabilité qui, elle, supposait une faute, à savoir la responsabilité quasi-délictuelle. Il a été admis que les deux formes de responsabilité pouvaient se combiner, ou être invoquées chacune individuellement, c'est-à-dire indépendamment l'une de l'autre<sup>4</sup>.

Par ailleurs, au sujet du deuxième principe, il a été souligné que la compensation due par le propriétaire responsable ne correspondait pas à une réparation intégrale du dommage subi par le voisin, mais à une indemnité partielle en ce sens qu'elle se limite à la partie du dommage qui dépasse le niveau normal des troubles acceptables entre voisins<sup>5</sup>.

Enfin, les discussions antérieures avaient également porté sur la base légale qui avait servi à construire la théorie. Il était clair que l'article 544 du Code civil

<sup>2</sup> *Pas.*, 1960, I, 915 et s. et les conclusions de l'avocat général MAHAUX ; *R.C.J.B.*, 1960, pp. 257 et s., note J. DABIN.

<sup>3</sup> Les troubles de voisinage ne s'appliquent qu'à des situations résultant de l'usage ou de la jouissance d'immeubles, ce que confirme, dans le nouveau Code, l'article 3.101, § 1<sup>er</sup>, première phrase. Cela étant, comme le rappelle P. Lecocq, « nombre de décisions sont rendues sur la base de la théorie des troubles de voisinage alors que c'est un meuble qui « cause » ou « subit » le dommage [...] chiens, chats, coqs [...] » (P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 316, n° 125).

<sup>4</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 339, n° 134 ; X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *Amén.*, 2012, n° spécial, 81-96, n° 14.

<sup>5</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 331, n° 131 ; X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, 81-96, n° 14.

(version 1804) avait été déterminant à cet égard. Cela n'a pas empêché certains esprits d'étendre la réflexion pour finalement proposer l'équité comme le mécanisme ultime susceptible de justifier la sanction pour la rupture d'équilibre entre les propriétaires voisins<sup>6</sup>. Il n'est pas inutile d'évoquer la justification par l'équité, car il se pourrait bien que dans la nouvelle réglementation celle-ci joue un rôle, quand bien même ce dernier ne serait pas directement visible.

6. À partir des principes directeurs précités, adoptés dès 1960, la jurisprudence a poursuivi son œuvre à coups de clarifications, d'ajouts, de précisions ou de nuances, sur de nombreux points critiques, dont, notamment : la notion de voisinage, la condition d'imputabilité du trouble, les critères d'appréciation du caractère excessif du trouble, le concept de préoccupation, la prise en compte de l'intérêt public ou collectif, l'incidence d'autorisations administratives, la réceptivité particulière de la victime, les bénéficiaires de l'action en compensation, ou encore les débiteurs de la compensation.

Il est peu utile de détailler ces apports jurisprudentiels à ce stade-ci, si riches soient-ils, car on y reviendra par la suite, s'agissant de vérifier dans quelle mesure et de quelle manière la nouvelle réglementation les intègre, ou non.

Cela étant, on peut d'ores et déjà annoncer que même si la nouvelle réglementation avait pour objectif premier de consolider les principales solutions pré-existantes – cet objectif étant largement atteint – elle ne s'est pas limitée à cela. Par rapport à la jurisprudence antérieure, il y a des ajouts, des omissions, des modifications et des innovations. Il importe d'identifier ces interventions, de les expliquer et d'en apprécier la portée.

## SECTION 3. LA LOI DE 2020

### § 1. DÉFINITION DE LA NOTION DE TROUBLES DE VOISINAGE ET FONDEMENT DE LA RESPONSABILITÉ Y LIÉE

7. En tout premier lieu, il s'agit d'analyser la façon dont le nouveau Code a défini les troubles de voisinage et traité la question du fondement de la responsabilité qui y est liée.

S'agissant de la définition des troubles qui donnent lieu à sanction, la loi de 2020 exploite de manière optimale les éléments qui avaient été fournis par la Cour de cassation dans ses deux arrêts de 1960. Elle cherche visiblement à traduire de

---

<sup>6</sup> X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, 81-96, n° 14, avec référence à J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 944 et s. et les nombreuses références y citées.

manière la plus fidèle possible les enseignements de la jurisprudence à cet égard. Dans ce but, elle se sert de plusieurs notions qui interagissent pour déterminer les contours du mécanisme.

8. La première notion est la notion même de trouble. La loi définit celui-ci comme la rupture d'un équilibre<sup>7</sup>, à savoir l'équilibre qui doit exister entre les propriétaires d'immeubles voisins lorsque chacun d'entre eux exerce l'usage et la jouissance de son propre bien.

9. Intervient ensuite la notion du caractère excessif qui doit caractériser le trouble pour que celui-ci donne lieu à une sanction. Recourant aux termes usuels dans la jurisprudence, le législateur décrit le trouble excessif comme celui qui excède la mesure des inconvénients normaux de voisinage<sup>8</sup>. Ce faisant, il confirme que le voisinage génère nécessairement des inconvénients, mais que tous ceux-ci ne doivent pas pour autant être sanctionnés : seuls doivent l'être ceux qui sont excessifs.

10. Quant au fondement du mécanisme, le nouveau Code désigne sans ambiguïté le successeur de l'article 544 du Code de 1804 définissant le droit de propriété<sup>9</sup>. Certes, cette dernière disposition n'est pas mentionnée telle quelle, mais c'est bien elle qui est visée à travers ses attributs, en particulier les droits d'usage et de jouissance<sup>10</sup>. C'est parce que les propriétaires des immeubles voisins ont des droits égaux face à ces deux prérogatives vis-à-vis de leur bien respectif<sup>11</sup>, qu'il en résulte un équilibre à respecter<sup>12</sup>.

11. On se surprend à penser que la loi de 2020 aurait pu ajouter de façon explicite qu'une faute n'est pas exigée dans le chef du propriétaire de l'immeuble à l'origine du trouble. Après tout, il s'agit d'un enseignement majeur de la théorie

<sup>7</sup> L'équilibre figure au premier paragraphe de l'article 3.101, alors que sa rupture est visée dans le deuxième paragraphe.

<sup>8</sup> Art. 3.101, § 1<sup>er</sup>.

<sup>9</sup> Art. 3.50.

<sup>10</sup> La loi ne mentionne pas que la faculté de disposer du bien peut, elle aussi, être affectée par une perturbation excessive causée par l'occupant de l'immeuble voisin. Or, tel peut être le cas, en particulier lorsque le prix de vente de l'immeuble serait impacté par le trouble. Toutefois, dans une telle situation, la perturbation causée sur le plan du droit de disposition n'est que la conséquence de l'atteinte au droit d'usage et de jouissance.

<sup>11</sup> Pour reprendre les termes de l'article 3.101, § 1<sup>er</sup>, 1<sup>re</sup> phrase : « Les propriétaires ont droit chacun à l'usage et la jouissance de leur bien immeuble ».

<sup>12</sup> « Dans l'exercice de l'usage et la jouissance, chacun d'eux respecte l'équilibre établi », nous dit l'article 3.101, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase.

jurisprudentielle<sup>13</sup>, et tant qu'à faire œuvre de codification voire de pédagogie<sup>14</sup>, le législateur aurait été bien inspiré de l'intégrer dans son texte. Tel pourrait être en tout cas le premier réflexe. Cependant, tout bien pesé, il n'est pas si sûr que cet ajout s'imposait. Le texte légal indique en effet sans ambiguïté que l'obligation de rétablir l'équilibre rompu est déclenchée du seul fait que l'équilibre est rompu<sup>15</sup>, si bien qu'on n'aperçoit pas la nécessité de signaler dans la loi que point n'est besoin de constater une quelconque faute dans le chef de celui qui l'a rompu. En tout état de cause, les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur cette solution<sup>16</sup>.

12. Dans la même veine, on remarquera qu'un autre enseignement de la jurisprudence fait défaut dans le texte. Celui-ci ne mentionne pas que le propriétaire qui rompt l'équilibre est passible d'une sanction civile, quand bien même il aurait obtenu une autorisation administrative pour les activités ou les installations qui sont à l'origine de la rupture. Cette solution est communément admise<sup>17</sup>, en dépit de certains commentaires critiques – qui sont en réalité des affinements<sup>18</sup>. Quoi qu'il en soit, elle ne figure pas dans le nouveau Code. Le législateur aurait-il dû l'y insérer ? Ici aussi, on peut comprendre qu'il ne l'ait pas fait, car même s'il s'agit d'une codification, le texte légal, s'il veut rester efficace, ne peut se permettre de reprendre l'intégralité des solutions – surtout lorsque celles-ci appellent des nuances<sup>19</sup>.

13. Toujours dans le registre des frustrations (légères) on pourrait regretter que le législateur n'ait pas défini la notion de voisinage. Il aurait eu l'occasion de dire à ce propos que cette notion ne se confond pas avec celle de contiguïté, ainsi qu'il ressort de multiples décisions<sup>20</sup>. Le voisinage du fonds victime se détermine par rapport au lieu de survenance du trouble et non par rapport au lieu d'origine du trouble. Ainsi, les victimes de nuisances causées par des avions résident parfois à

<sup>13</sup> Voy. l'arrêt du 6 avril 1960 (deuxième espèce) : « [...] tout en considérant que le demandeur et la défenderesse [...] n'ont commis aucune faute aquilienne en procédant aux travaux [...] et qu'aucun manquement ne leur est reproché dans la conception et l'exécution de ceux-ci [...] ».

<sup>14</sup> Voy. les termes employés dans les travaux préparatoires à propos de l'article 3.102. On y reviendra.

<sup>15</sup> L'article 3.101, § 2, dispose en effet : « Celui qui rompt l'équilibre est tenu de le rétablir ».

<sup>16</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 186 (« La disposition n'exige aucune faute » [...] « il n'est pas dérogé à l'idée qu'il s'agit d'une responsabilité sans faute »).

<sup>17</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 525, n° 0727, avec renvoi à Cass., 27 novembre 1974, *Pas.*, I, 1975, p. 341.

<sup>18</sup> X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, n°s 18 et 21.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 314, n° 215 avec références ; I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 525, n° 0733 et références citées.

des distances significatives de l'aéroport<sup>21</sup>. La notion de voisin est donc relative, car elle dépend du rayon d'action des effets générés par le fait perturbateur.

14. Par ailleurs, le texte légal pourrait donner l'impression de limiter les conflits pour troubles de voisinage à des conflits entre propriétaires<sup>22</sup> (d'immeubles), comme si ces conflits ne pouvaient pas impliquer d'autres protagonistes, tels que des usufruitiers ou même des locataires. Ce ne serait toutefois qu'une impression initiale, suscitée par le début du texte de la loi. La suite du texte corrige cette impression, du moins en partie. Elle indique en effet que les perturbateurs peuvent être d'autres personnes que les propriétaires des immeubles à l'origine du trouble, à savoir des personnes qui seraient autorisées à faire usage et à jouir des immeubles en question<sup>23</sup>. Cela étant, il subsiste un certain goût de trop peu, car si la loi reconnaît explicitement d'autres protagonistes dans les rangs des perturbateurs, elle n'en fait pas autant dans les rangs des victimes : elle ne précise pas que la partie préjudiciée peut être différente du propriétaire de l'immeuble impacté, à savoir une personne simplement autorisée à faire usage et à jouir de ce dernier<sup>24</sup>. La solution peut néanmoins être déduite du texte légal<sup>25</sup>.

## § 2. LES CRITÈRES PERTINENTS POUR APPRÉCIER LE CARACTÈRE EXCESSIF DES TROUBLES

15. Passé le cap de la définition du trouble de voisinage<sup>26</sup>, la suite de la loi<sup>27</sup> fait davantage justice à l'entreprise de codification pour déterminer les critères d'appréciation du trouble excessif.

Ainsi qu'elle l'énonce, le caractère excessif est tributaire des circonstances de chaque espèce. Selon les cas, plusieurs facteurs peuvent entrer en ligne de compte. À cet égard, la loi commence par recourir à trois paramètres qui sont devenus des grands classiques, à savoir le moment du trouble, sa fréquence et son intensité.

Les applications de ces critères abondent en jurisprudence. Quelques exemples connus suffisent pour l'illustrer. Ainsi, la vie en société justifie sans doute que l'on doive accepter qu'un voisin joue de la batterie ; en revanche, les moments que le voisin choisit pour le faire, s'ils sont tardifs, peuvent faire basculer le dérangement acceptable vers l'inconvénient excessif<sup>28</sup>. Il en va de même lorsque les aboiements

<sup>21</sup> X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, n° 15.

<sup>22</sup> L'article 3.101, § 1<sup>er</sup>, qui entame cette thématique, parle uniquement des « propriétaires », et non, d'une manière générale, des titulaires de droits d'usage et de jouissance.

<sup>23</sup> Voy. *infra*, à propos de l'article 3.101, § 3.

<sup>24</sup> *Cf. infra*.

<sup>25</sup> Art. 3.101, § 3, al. 1<sup>er</sup>.

<sup>26</sup> Soit la première et la deuxième phrase de l'article 3.101, § 1<sup>er</sup>.

<sup>27</sup> Soit la troisième phrase de l'article 3.101, § 1<sup>er</sup>.

<sup>28</sup> Cass., 14 décembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 1163.

d'un chien se multiplient à une fréquence qui devient insupportable. Le même basculement se produit lorsque des odeurs dégagées par des poules, peu agréables mais tolérables dans un cadre champêtre, se transforment en odeurs véritablement pestilentielles à la suite de l'installation d'un élevage de poules en batterie.

16. Si les critères précités n'appellent pas davantage de commentaires, tant ils sont simples et familiers, il en est un autre qui est moins facile à saisir, à savoir le critère de la préoccupation. Sur ce point, le Conseil d'État avait reproché au projet de loi de n'avoir pas précisé que dans un conflit de voisinage seule la préoccupation collective (par opposition à la préoccupation individuelle) constitue un paramètre qui peut se révéler déterminant<sup>29</sup>. Le législateur a cependant décidé de ne pas suivre cette recommandation. Pour en comprendre les raisons, quelques explications ne sont pas superflues.

Prenons un exemple dans ce but. Une entreprise se voit accuser de causer des nuisances sonores au préjudice d'un voisin qui vient de s'installer dans les parages immédiats. Selon la jurisprudence, l'entreprise peut invoquer une priorité dans une situation où elle se situe dans une zone qui était déjà occupée par diverses entreprises d'un profil comparable au sien avant l'arrivée du voisin. Il s'agit là d'une préoccupation collective qui est susceptible de faire échec aux plaintes du nouvel arrivant<sup>30</sup>. Prenons à présent un contre-exemple. Un résident bénéficiant d'une vue superbe sur les alentours se plaint d'une construction érigée par un voisin nouvellement arrivé. Dans cette situation-ci, la seule circonstance que le résident est le premier occupant ne suffit pas à faire pencher la balance en sa faveur. La préoccupation individuelle est en effet impuissante, à elle seule, à conférer un avantage déterminant dans ce type de situation<sup>31</sup>. Un troisième exemple permet toutefois d'apercevoir que la préoccupation individuelle est malgré tout susceptible d'avoir une incidence dans certains cas. Considérons la situation où un voisin, nouvel arrivant, se plaint des effets allergènes causés par l'essence des arbres ayant été plantés par un primo-résident. Cette fois, on conçoit volontiers que le primo-résident puisse invoquer avec succès l'argument tiré de sa préoccupation individuelle<sup>32</sup>.

On pourrait résumer les choses comme suit. L'argument de la préoccupation individuelle ne suffit pas à fonder la plainte d'un primo-occupant pour trouble de voisinage excessif. En revanche, il est susceptible de permettre à un primo-occupant de se défendre avec succès contre une plainte pour troubles qui serait dirigée contre lui.

Dans ces circonstances, il se comprend mieux que les parlementaires n'aient pas suivi l'avis du Conseil d'État qui les invitait à écarter le critère de la préoccu-

<sup>29</sup> Conseil d'État, avis n° 63.490/2, p. 48/142.

<sup>30</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 526, n° 0735.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 526, n° 0735.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 526, n° 0735, avec référence à J.P. Gand, 11 août 1997, *T.G.R.*, 1998, p. 14.

pation individuelle au profit de la seule préoccupation collective. On peut cependant regretter que la motivation fournie laisse à penser que le législateur a refusé de trancher une controverse, car en réalité la solution adoptée par la loi prend bel et bien position en faveur d'un critère de la préoccupation qui inclut aussi bien la préoccupation individuelle que la préoccupation collective.

En marge de ce qui précède, on ne peut néanmoins s'empêcher de penser que la préoccupation collective pèse plus lourd que la préoccupation individuelle, également dans la nouvelle loi. On observera à l'appui de cette réflexion que la notion de trouble excessif est définie par rapport à « la mesure des inconvénients normaux du voisinage »<sup>33</sup>, cette formulation donnant à penser que le curseur est déterminé par un ensemble d'occupants et donc par une préoccupation collective.

17. Le critère suivant que la loi évoque pour apprécier le trouble excessif est lié à l'intérêt général. Ici encore, la loi s'enracine dans une jurisprudence établie. Ainsi, plusieurs décisions avaient déjà indiqué le discernement dont il faut faire preuve lorsque le trouble est causé par un pouvoir public. Certes, la circonstance que le trouble est causé par un pouvoir public n'a pas pour effet de le soustraire à une sanction<sup>34</sup>. Mais pour autant, cette circonstance n'est pas dénuée de toute incidence généralement quelconque. Elle peut, en particulier, se révéler pertinente pour guider l'appréciation des intérêts en jeu, et par conséquent déterminer le point d'un équilibre que le plaignant prétend être rompu<sup>35</sup>.

Fort opportunément, la loi désigne d'une manière à la fois large et définit les situations où le fait perturbateur implique des intérêts publics. Plus précisément, la loi vise la destination publique du bien d'où le trouble provient<sup>36</sup>. La formulation permet d'inclure les cas où le fait perturbateur est commis par un gestionnaire pour le compte d'un pouvoir public, et non directement par celui-ci. Elle permet également de couvrir des situations où l'activité prétendument perturbatrice sert l'intérêt général ou collectif quand bien même elle est exercée par une organisation privée. Il est vrai, cependant, que la conception de l'intérêt collectif ou de sa prééminence par rapport aux intérêts privés du plaignant peut diverger selon les juges. Ainsi, l'utilisation d'un terrain de football est considérée tantôt comme une réponse aux exigences normales de la vie en société<sup>37</sup> tantôt comme une source de nuisances excessives<sup>38</sup>.

18. La question de l'incidence des autorisations administratives a certes déjà été évoquée, mais c'est une question qui doit à nouveau être examinée à ce stade-ci de l'analyse, cette fois sous un autre angle, car elle a également un impact sur

<sup>33</sup> Art. 3.101, § 1<sup>er</sup>.

<sup>34</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., p. 527, n° 0736.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pp. 527-528, n° 0736, avec référence à la jurisprudence de la Cour de cassation.

<sup>36</sup> Art. 3.101, § 1<sup>er</sup>, troisième phrase *in fine*.

<sup>37</sup> Civ. Namur 26 mars 1992, *J.T.*, 1992, p. 764.

<sup>38</sup> J.P. Tournai, 18 novembre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1110.

l'appréciation du trouble excessif. Cet aspect ne figure pas dans les paramètres listés dans la loi pour mesurer le trouble. Cela ne diminue pas sa pertinence sous l'empire du nouveau Code, et les solutions précédemment adoptées conservent toute leur valeur.

Même si l'octroi d'une autorisation administrative n'empêche pas le juge civil de sanctionner un trouble excessif, il se concevrait difficilement que le juge n'accorde pas la moindre attention à l'autorisation octroyée. Dans certaines situations, il se peut que l'administration ait procédé à un examen qui interfère avec celui qui doit être mené par le juge civil du trouble. Dans une situation de ce type, il faut garder à l'esprit le principe de la séparation des pouvoirs qui invite le juge civil à tenir compte de la décision de l'administration<sup>39</sup>. Pour autant, le juge civil ne perd pas tout pouvoir d'intervention, en particulier quand la décision administrative est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, ce qui ne constitue pas un obstacle trop exigeant dans le contexte particulier d'un conflit de trouble de voisinage<sup>40</sup>. D'autres motifs encore peuvent justifier l'intervention du juge civil, par exemple l'apparition de nouvelles données factuelles<sup>41</sup>.

19. Nulle part dans le nouveau Code il n'est question de la réceptivité anormale<sup>42</sup> de l'immeuble victime du trouble prétendu<sup>43</sup>, ou de la réceptivité anormale de son occupant, alors que le cas n'est pas si rare, et que, par ailleurs, il a suscité des évolutions en jurisprudence. Il est vrai que ce thème a donné lieu à des hésitations voire des controverses<sup>44</sup>. On devine que c'est là, sans doute, ce qui explique le silence observé par un législateur pressé et dès lors soucieux d'éviter des sujets qui divisent, car ils sont sources d'embûches. Cela ne fait qu'accroître les regrets.

Il n'est pas déplacé de traiter ce sujet dans le cadre de l'appréciation du caractère excessif du trouble, dès lors que la prédisposition de la victime semble bien constituer un paramètre qui joue un rôle à ce niveau. Cela n'empêche pas de revenir par la suite sur le sujet, quand il sera question d'examiner si le trouble est imputable au propriétaire de l'immeuble qui en est à l'origine, ou quand il sera question d'évaluer l'indemnité due par ce dernier.

<sup>39</sup> M. DELNOY, M. PÂQUES et C. VERCHEVAL, « Autorisations administratives et troubles de voisinage », in M. DAMBRE et P. LECOCQ (éd.), *Chroniques de droit à l'usage des juges de paix et de police*, la Charte, 2013, p. 118.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 125.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 127.

<sup>42</sup> Il s'agit d'une fragilité ou d'une sensibilité qui correspondent à « une prédisposition du bien à la survenance d'un inconvénient excessif » (P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 337, n° 133).

<sup>43</sup> Voy. sur ce sujet I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, pp. 550-551, n° 0761 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 337, n° 133.

<sup>44</sup> Voy. à propos de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation sur cette question : F. GLANSORFF, « Troubles de voisinage : la prise en considération de la réceptivité de l'immeuble endommagé », *J.T.*, 2019, p. 143.

S'agissant de circonscrire la notion elle-même, on peut définir la réceptivité comme une faiblesse de la victime qui a pour effet d'exposer davantage celle-ci à des conséquences préjudiciables résultant du trouble<sup>45</sup>. Intuitivement, on est enclin à traiter cette faiblesse comme un facteur susceptible d'influencer l'appréciation du risque excessif. Il est en effet permis de se demander si le trouble est excessif dans un cas où la gravité du préjudice est influencée voire déterminée par la fragilité de (l'immeuble de) la victime, en tout ou en (large) partie.

À défaut de poser la question en ces termes, on peut la poser dans les termes où la Cour de cassation l'a traitée, à savoir en se demandant si le trouble reste imputable au perturbateur incriminé en dépit de l'état de réceptivité anormale de (l'immeuble) de la victime<sup>46</sup> ou si le montant de l'indemnité due par le perturbateur doit être réduit à concurrence de l'état de fragilité de (l'immeuble) de la victime<sup>47</sup>.

Quel que soit le plan juridique précis sur lequel on attribue des conséquences à la réceptivité particulière de (l'immeuble de) la victime, il est un fait que, d'une manière générale, cet état de fragilité mériterait de figurer au rang des paramètres à considérer dans l'appréciation du trouble excessif. On doit à l'objectivité de reconnaître que le critère en question ne figure pas dans la liste mentionnée par la loi, mais à aucun moment le nouveau Code n'indique qu'il aurait cherché à le déconsidérer totalement, et à rompre ainsi avec la jurisprudence.

### § 3. LES PARTIES À LA PROCÉDURE POUR TROUBLES DE VOISINAGE

20. Comme signalé, le début du texte légal ne parle que des propriétaires des immeubles voisins. Or, la jurisprudence antérieure ne se limite pas aux propriétaires : au-delà de ceux-ci, elle vise tout tiers disposant d'un droit d'usage ou de jouissance sur le bien<sup>48</sup>. Le législateur a donc veillé à inclure dans la suite du texte une disposition destinée à intégrer cette extension<sup>49</sup>. Même si la formulation de cette disposition est abstraite<sup>50</sup>, complexe<sup>51</sup>, et par ailleurs partiellement approximative<sup>52</sup>, on comprend que le législateur opère une ouverture du champ d'application de l'action pour troubles de voisinage à tout tiers disposant d'un droit

<sup>45</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., pp. 550-551, n° 0761. Voy. aussi la définition donnée par P. Lecocq citée plus haut.

<sup>46</sup> Cf. *infra*, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 novembre 2013.

<sup>47</sup> Cf. *infra*, à propos de l'indemnité et de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2018.

<sup>48</sup> Comme un emphytéote, ou même un locataire. Voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 317, n° 126.

<sup>49</sup> Art. 3.101, § 3, 1<sup>re</sup> phrase.

<sup>50</sup> La loi ne parle pas de droit d'usage ou de jouissance dans le chef du tiers, mais « d'un attribut du droit de propriété ».

<sup>51</sup> La loi vise simultanément l'immeuble perturbateur et l'immeuble victime du trouble.

<sup>52</sup> La version française de la disposition n'est pas à l'abri de tout reproche sur le plan syntaxique.

d'usage ou de jouissance sur le bien immeuble concerné, non seulement en qualité de défendeur, mais aussi en qualité de demandeur<sup>53</sup>.

#### § 4. L'IMPUTABILITÉ OBJECTIVE DU TROUBLE

21. Si le trouble ne doit pas être la conséquence d'une faute dans le chef du perturbateur, il doit néanmoins être imputable à celui-ci. La notion d'imputabilité (au perturbateur) est essentielle dans le mécanisme, ce qui explique que le législateur la mentionne très tôt dans le texte<sup>54</sup>, et qu'il y revienne encore par la suite dans l'hypothèse où le trouble résulte de travaux autorisés par l'occupant du bien<sup>55</sup>.

22. La jurisprudence et la doctrine antérieures à la loi de 2020 avaient observé que le fait perturbateur à l'origine du trouble pouvait revêtir la forme d'un acte, un comportement ou une omission<sup>56</sup>. Le nouveau Code ne reprend pas ces précisions. En soi, ce silence n'est pas dramatique, car les acquis jurisprudentiels compatibles avec la nouvelle loi sont censés perdurer, ce qui vaut également pour ce point<sup>57</sup>.

Pour autant, il pourrait y avoir des motifs d'insatisfaction. Ainsi, on pourrait regretter l'absence de la confirmation explicite qu'une omission peut être à l'origine d'un trouble, car une telle confirmation aurait contribué utilement à la vocation pédagogique de la loi à laquelle le législateur se réfère par ailleurs<sup>58</sup>. En outre, la mention d'un acte, un comportement ou une omission en tant que source du trouble permet de mieux saisir l'exigence d'imputabilité dans certaines situations particulières, notamment en cas d'incendie ou d'inondation, lorsque la réalité du trouble est évidente, alors que l'origine reste obscure<sup>59</sup>.

23. L'imputabilité au perturbateur – composante essentielle du mécanisme – peut se heurter à des difficultés de preuve, ce que la jurisprudence a illustré. Ainsi, dans le cas d'un incendie survenant chez le voisin, il peut se révéler malaisé de prouver une imputabilité au voisin, au sens où on pourrait retenir dans son chef un acte, un comportement ou une omission à l'origine de l'incendie. Une situation de ce type pourrait justifier un assouplissement de la production de la

<sup>53</sup> La fin de la phrase se concentre sur le tiers en sa qualité de défendeur, mais la phrase lue dans son ensemble paraît bien viser également le tiers en qualité de demandeur.

<sup>54</sup> Art. 3.101, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> phrase.

<sup>55</sup> Art. 3.101, § 3, 2<sup>e</sup> phrase : « Si le trouble résulte de travaux autorisés expressément ou tacitement par le propriétaire concerné ou le titulaire de l'attribut du droit de propriété, il est réputé lui être imputable ».

<sup>56</sup> Voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 324, n° 128.

<sup>57</sup> Les travaux préparatoires indiquent à plusieurs reprises que la nouvelle loi confirme ou clarifie la jurisprudence antérieure.

<sup>58</sup> Voy. *infra*, à propos de l'action préventive.

<sup>59</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., pp. 536-539, n°s 746-749.

preuve, en ce sens qu'on pourrait admettre l'imputabilité au voisin après avoir éliminé une probabilité raisonnable que le trouble trouve son origine dans des causes potentielles autres que l'acte, le comportement ou l'omission du voisin<sup>60</sup>. Le nouveau Code n'aborde pas les difficultés de preuve, ni dès lors des solutions qui permettraient de les surmonter. Il n'est pas sûr toutefois, que sur ce point, il appartenait au législateur d'intervenir. Il est logique que la jurisprudence occupe le terrain sur ces questions.

24. En revanche, le législateur a veillé à traiter la question du trouble résultant de travaux autorisés par le propriétaire – question qui se pose souvent dans la pratique et qui a été régulièrement examinée par la jurisprudence. Quelques décisions peuvent être rappelées à ce sujet, en guise de repères. On se souviendra ainsi d'une décision<sup>61</sup> qui avait écarté<sup>62</sup> l'imputabilité au propriétaire dans une espèce où l'entrepreneur avait causé le trouble en commettant personnellement une imprudence lors d'une pause dans l'exécution des travaux<sup>63</sup>. En revanche, dans une autre affaire, la Cour de cassation avait retenu l'imputabilité au propriétaire pour un cas où l'entrepreneur avait provoqué un incendie en utilisant un chalumeau lors d'une intervention à une toiture<sup>64</sup>. Cette fois, dans le raisonnement du juge, le trouble était survenu en lien direct avec l'exécution des travaux commandés par le propriétaire de l'immeuble-perturbateur.

Reprenant en substance la logique suivie par les juges dans ces décisions, le nouveau Code prévoit que le trouble est réputé imputable au propriétaire ou au titulaire d'un attribut du droit de propriété s'il résulte de travaux autorisés par lui. Le texte précise qu'il importe peu à cet égard que l'autorisation donnée à l'entrepreneur soit expresse ou tacite, ce qui coupe court aux hésitations. Par contre, il instille un léger doute quant à savoir si le trouble est nécessairement et définitivement imputable au propriétaire ou si cette imputabilité peut être renversée par le propriétaire. Pour reprendre ses termes exacts, la loi dit que le trouble est « réputé » imputable au propriétaire, ce qui pourrait suggérer une simple présomption, et donc une possibilité de renversement. Les observateurs considèrent toutefois que la portée à donner au texte doit être plus ferme, en ce sens que celui-ci ne permet pas un renversement.

25. La thématique de l'imputabilité fait resurgir la question de l'incidence d'une réceptivité anormale dans le chef de (l'immeuble de) la victime du trouble

<sup>60</sup> Voy. à ce sujet les commentaires et références de I. Durant, *ibid.*, p. 537, n° 0747.

<sup>61</sup> Cass., 25 juin 2009, *Pas.*, I, 2009, p. 1665.

<sup>62</sup> Plus exactement, il faudrait dire « avait validé la décision du juge du fond qui, lui-même avait écarté [...] », dès lors qu'il s'agit d'une décision de la Cour de cassation.

<sup>63</sup> Lors d'une pause, l'entrepreneur avait jeté un mégot de cigarette dans un pot contenant un liquide inflammable, ce qui avait déclenché un incendie. Dans le raisonnement du juge, il s'agissait d'une imprudence commise en marge des travaux et indépendamment de ceux-ci.

<sup>64</sup> Cass., 7 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1784.

excessif. On peut en effet se demander si une réceptivité de cet ordre n'est pas de nature à peser sur l'imputabilité. Il serait délicat de trancher la question *in abstracto*. On n'oubliera pas en tout cas l'arrêt de la Cour de cassation qui contient de très nettes réserves à l'égard de la thèse qui trancherait la question par l'affirmative<sup>65</sup>. Pour la Cour, la réceptivité ne réussit à écarter l'imputabilité que s'il est vérifié que sans cette réceptivité le trouble ne se serait pas produit (ou qu'il ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit). Cela étant, s'il est probable qu'à l'aune d'une telle condition il sera rarement accepté que la réceptivité parvienne à éliminer l'imputabilité, il n'en reste pas moins que cette même réceptivité peut contribuer à une diminution de l'indemnité due par le perturbateur<sup>66</sup>.

## § 5. LES MESURES JUDICIAIRES EN CAS DE TROUBLES DE VOISINAGE

26. Le nouveau Code consacre un passage essentiel à la question des mesures judiciaires applicables en cas de trouble excessif.

Parmi celles-ci, sous le régime antérieur, la mesure d'interdiction de la poursuite du fait perturbateur a donné lieu à une jurisprudence évolutive et partagée de la Cour de cassation qui a pesé sur les commentaires doctrinaux et alimenté un certain scepticisme.

Il est utile, pour traiter cette mesure-ci, mais également les autres mesures, de retracer brièvement l'évolution jurisprudentielle dans le but de situer l'exacte portée de la nouvelle réglementation.

27. Au départ, la théorie des troubles de voisinage prévoyait une « juste et adéquate compensation », pour reprendre les termes de la jurisprudence fondatrice<sup>67</sup>. Celle-ci était communément présentée comme une réparation limitée, en ce sens qu'elle ne couvrait pas l'intégralité du trouble (du préjudice), mais uniquement la partie du trouble qui excédait la mesure des inconvénients normaux liés au voisinage<sup>68</sup>. Certains ont cependant observé que la différence entre réparation intégrale et une juste et adéquate compensation est parfois mince<sup>69</sup>.

Pour le surplus, la juste compensation pouvait prendre la forme d'une réparation par équivalent ou celle d'une réparation en nature. Ainsi, le juge civil pouvait condamner le perturbateur à payer une somme à la victime, ou à réaliser des

<sup>65</sup> Cass., 15 novembre 2013, R.G. n° C.11.0656.F.

<sup>66</sup> Cf. *infra*, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 9 novembre 2018.

<sup>67</sup> Cf. les deux arrêts du 6 avril 1960 de la Cour de cassation.

<sup>68</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 543, n° 0756 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété, op. cit.*, p. 334, n° 132.

<sup>69</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, pp. 545, n° 0757.

travaux dans le but de rétablir l'équilibre rompu entre les droits des propriétaires voisins<sup>70</sup>.

Sur ces points (aussi), la nouvelle réglementation est synonyme de continuité. Certes, sur le plan linguistique, elle abandonne l'expression de « juste et adéquate » compensation, considérée comme peu parlante pour le citoyen<sup>71</sup>. Mais en substance, elle maintient les solutions déjà acceptées.

Concrètement, le nouveau Code invite le juge à ordonner les mesures qui se révéleront adéquates au sein d'une liste de trois types de mesures que le législateur identifie expressément.

28. Le nouveau Code prévoit d'abord que le juge peut ordonner une mesure qui consiste dans « une indemnité pécuniaire »<sup>72</sup> dont on comprend qu'elle est destinée à couvrir le préjudice subi par l'immeuble victime. Il précise que cette indemnité vise à « compenser le trouble excessif ». De la sorte, le législateur confirme qu'il ne s'agit pas de la réparation d'un préjudice dans son intégralité, mais d'un montant couvrant la partie du préjudice qui excède celle résultant des inconvénients normaux liés à la vie en communauté dans le voisinage concerné. L'indemnité peut-elle inclure une rente censée compenser le préjudice résultant de la poursuite des activités à l'avenir dans l'attente d'une prise de mesures destinée à faire disparaître le trouble ou à le réduire à un niveau acceptable ? La jurisprudence antérieure l'admettait<sup>73</sup>. La nouvelle loi ne contient aucune précision, ni pour le confirmer, ni pour l'exclure. Vu la volonté générale exprimée par le législateur de consolider l'acquis jurisprudentiel, on devrait considérer que la solution est maintenue.

29. La nouvelle réglementation donne ensuite la possibilité au juge d'attribuer une indemnité au propriétaire de l'immeuble victime pour les mesures que celui-ci aurait prises dans le but de ramener le trouble à un niveau normal<sup>74</sup>. Au-delà de la formulation abstraite utilisée dans la loi, on comprend que le législateur a visé les situations où la victime est amenée à réaliser des travaux pour faire écran aux nuisances excessives. Il peut s'agir, par exemple, de travaux visant à insonoriser ou renforcer un édifice. En pareil cas, le juge peut allouer une indemnité pour les coûts des travaux. À cette occasion, il tiendra probablement compte du caractère adéquat et raisonnable des travaux. On peut supposer que la victime n'est pas obligée d'obtenir une validation judiciaire préalable de ces travaux, étant en ce cas

<sup>70</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, pp. 133-134, n° 132.

<sup>71</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 187.

<sup>72</sup> Art. 3.101, § 2, 1°.

<sup>73</sup> X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, n° 20, avec références doctrinale et jurisprudentielles ; I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 549, n° 0758, avec référence jurisprudentielle ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 334, n° 132.

<sup>74</sup> Art. 3.101, § 2, 2°.

entendu qu'elle agit sous sa propre responsabilité. Cela étant, rien ne devrait s'opposer, nous semble-t-il, à ce qu'elle s'adresse préalablement au juge, non seulement pour faire approuver les travaux, mais également pour se voir allouer une avance sur indemnité en vue de les effectuer.

30. En troisième lieu, le nouveau Code permet au juge d'ordonner soit l'interdiction du trouble, soit des mesures concernant, cette fois, non pas l'immeuble victime mais l'immeuble qui est à l'origine du trouble<sup>75</sup>.

S'agissant de cette dernière option, on comprend que le législateur vise des travaux à effectuer du côté du perturbateur, dans le but de supprimer ou à tout le moins de réduire l'excès de nuisances. Ces mesures-ci sont toutefois encadrées, car dans le chef du perturbateur elles entraînent des contraintes et donc des restrictions par rapport à ses droits d'user et de jouir de son bien comme il l'entend. Elles se voient dès lors imposer des balises, celles-ci coïncidant avec celles qui encadrent la mesure d'interdiction du trouble, qu'il convient à présent d'examiner.

31. La question la plus délicate qui s'était posée sous le régime antérieur était, comme déjà évoqué, celle de savoir si le juge pouvait interdire au perturbateur la poursuite des activités qui sont à l'origine de la perturbation. Sur cette question, la Cour de cassation a développé une jurisprudence dont le fil a suscité des difficultés en termes de lisibilité.

Dans une première affaire, à propos des nuisances sonores causées par un joueur de batterie, la Cour a estimé que le juge ne pouvait interdire purement et simplement l'activité qui était à l'origine du trouble, quand bien même une interdiction absolue serait considérée par le juge du fond comme la seule manière de rétablir l'équilibre rompu<sup>76</sup>. La Cour a ainsi suivi l'avocat général qui avait indiqué qu'une interdiction absolue aurait créé un nouveau déséquilibre – cette fois au détriment de la partie accusée de perturber.

En pratique, il résultait de l'enseignement de cet arrêt que le musicien-perturbateur ne pouvait se voir empêcher de jouer de la musique. Tout au plus pouvait-il se voir imposer par le juge certaines restrictions, en particulier des limites horaires, dans le but de ne pas provoquer des désagréments excessifs.

Dans une affaire ultérieure, toutefois, la Cour a infléchi ses réticences à l'égard de la mesure d'interdiction du trouble. Il s'agissait de se prononcer sur la suppression d'arbres menaçant de tomber sur un terrain voisin. Cette fois, la Cour a admis que le juge pouvait ordonner l'interdiction du trouble, soit une mesure qui consistait dans l'enlèvement des arbres litigieux. À cette occasion, elle a estimé que la mesure était susceptible d'échapper à la critique selon laquelle elle provoquerait un équilibre inverse. Elle a en effet observé que le propriétaire faisant l'ob-

<sup>75</sup> Art. 3.101, § 2, 3<sup>o</sup>.

<sup>76</sup> Cass., 14 décembre 1995, *Pas.*, I, p. 1163.

jet de la mesure de restriction restait libre de planter des arbres qui ne provoquent pas de nuisances<sup>77</sup>.

En dépit de cet infléchissement, certains esprits<sup>78</sup> sont restés manifestement marqués par les réticences initiales de la Cour à l'égard des mesures d'interdiction. Il est vrai que la justification de l'interdiction au motif que le perturbateur reste libre d'adopter d'autres modalités pour exercer son droit d'usage et de jouissance reste fragile. Il n'est pas toujours raisonnable voire réaliste d'exiger d'un perturbateur qu'il adopte d'autres modalités, ce qui peut signifier par exemple qu'il exerce un autre type d'activités industrielles que celles qu'il exerçait et qui sont accusées de perturber<sup>79</sup>. En clair, le critère avancé reviendrait, dans cet exemple, à exiger d'un entrepreneur qu'il change de métier.

Il n'est dès lors pas surprenant de constater que, sous le régime antérieur, malgré l'arrêt de cassation de 2010, d'aucuns<sup>80</sup> ont même continué à privilégier l'idée que la sanction n'aboutit pas en principe à faire cesser le trouble – il est vrai au motif (mobilisable à l'époque) qu'il s'agit d'une « compensation » et non d'une réparation<sup>81</sup>.

Dans cette mise en perspective par rapport au passé, la règle que le nouveau Code met en place mérite une attention toute particulière. S'y trouve en effet désormais clairement confirmée la possibilité pour le juge d'interdire les activités perturbatrices.

32. Encore faut-il ne pas basculer dans un autre extrême où l'interdiction du trouble deviendrait une mesure banale. La même chose doit d'ailleurs être dite pour les mesures qui ordonneraient à l'occupant de l'immeuble perturbateur de réaliser des travaux de nature à faire disparaître le trouble. C'est la raison pour laquelle, dans ces deux cas, le codificateur de 2020 a prévu un certain nombre de balises, qui sont au demeurant en harmonie avec la jurisprudence antérieure.

En premier lieu, il y a dans la loi la condition générale qui veut que la mesure soit adéquate, ce qui, en clair, signifie que la mesure d'interdiction est réservée aux cas qui le justifient – ceux pour lesquels il ne suffit pas d'octroyer à la victime une somme en réparation d'une partie de son préjudice ou une indemnité pour des travaux qu'elle réaliserait concernant son immeuble.

Ensuite, la loi énonce que le juge ne peut prononcer une interdiction du trouble ni une obligation de prendre des mesures (concernant l'immeuble-per-

<sup>77</sup> Cass., 8 février 2010, *Pas.*, I, 2010, p. 388.

<sup>78</sup> Certains mais pas tous. P. Lecocq rappelle les écrits prémonitoires de J. Hansenne qui allaient dans le sens que la Cour de cassation adoptera en 2010 (P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, pp. 335-336, n° 132).

<sup>79</sup> Voy. à ce sujet les commentaires et références de I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 548, n° 0757.

<sup>80</sup> X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, n° 17.

<sup>81</sup> On rappellera que le nouveau Code ne reprend plus les termes de « juste et adéquate compensation ».

turbateur) destinées à supprimer ou réduire le trouble qu'aux conditions particulières suivantes : il faut que ces mesures ne créent pas un nouveau déséquilibre, et que l'usage et la jouissance normaux de l'immeuble visé par l'interdiction ou les mesures ne soient pas ainsi exclus. Le législateur rejoint ainsi les balises qui avaient déjà été mises en place par la jurisprudence antérieure. Selon celle-ci, il convenait en effet d'éviter de créer un « déséquilibre inverse », c'est-à-dire une configuration où le perturbateur se voyait infliger une restriction excessive de son droit d'user et de jouir comme il l'entend de son immeuble<sup>82</sup>.

Cela étant, le texte légal ne résout pas toutes les questions. En particulier, on peut s'interroger sur la notion d'usage et de jouissance « normaux » de l'immeuble accusé de perturber. Prenons l'exemple d'une entreprise qui serait accusée de polluer excessivement et qui invoquerait pour sa défense qu'elle ne polluerait pas davantage que d'autres entreprises déjà implantées dans le même quartier avant l'arrivée du plaignant. L'entreprise sera sans doute tentée de faire état d'un usage et d'une jouissance « normaux », sans pour autant nécessairement convaincre.

33. Le nouveau Code invite le juge à faire preuve de perspicacité dans la sélection des mesures. Le cumul n'est pas interdit par la nouvelle loi, mais son opportunité est à évaluer dans chaque situation. Ainsi, on peut concevoir qu'un juge estime adéquat de prononcer simultanément les mesures suivantes : l'obligation pour le perturbateur de réaliser des travaux dans son immeuble, l'octroi à la victime d'une double indemnité, d'une part pour les travaux qu'elle envisagerait pour son immeuble, et d'autre part, pour couvrir le préjudice causé par l'excès de nuisances.

## § 6. LA PRESCRIPTION DE L'ACTION POUR TROUBLES DE VOISINAGE

34. S'agissant de la prescription, le nouveau Code renvoie<sup>83</sup> au délai ordinaire dans le domaine des actions en réparation d'un dommage fondées sur la responsabilité extracontractuelle, figurant déjà dans l'ancien Code civil<sup>84</sup>, et qui reste d'application. Le délai est de cinq ans. Le point de départ du délai correspond en règle générale au jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance des deux éléments déterminants pour prendre la décision d'agir, à savoir l'existence du dommage lui-même, d'une part, ainsi que l'identité de la personne responsable, d'autre part.

<sup>82</sup> Cf. la jurisprudence de la Cour de cassation de 1995 et 2010, évoquée ci-avant.

<sup>83</sup> Art. 3.101, § 4.

<sup>84</sup> Art. 2262*bis*, § 1<sup>er</sup>, al. 2 et 3.

35. Une hypothèse particulière se présente toutefois lorsque le dommage s'aggrave. Dans ce cas, le délai n'est déclenché que le jour qui suit celui où la victime a eu connaissance de l'aggravation<sup>85</sup>. Tel serait par exemple le cas dans la situation où des racines d'arbres causent dans un premier temps des fissures anodines, et dans un deuxième temps, des dégradations nettement plus sérieuses de nature à impacter la stabilité de l'immeuble<sup>86</sup>. En pareille situation, l'événement déclencheur est celui qui intervient dans un deuxième temps. Plutôt que d'un report de délai, on a tendance à considérer qu'il s'agit d'un nouveau délai de cinq ans, propre à l'aggravation.

La jurisprudence a estimé à ce sujet que l'aggravation vise une augmentation *imprévue* du dommage en ce sens qu'elle ne s'inscrit pas dans l'évolution raisonnablement prévisible du dommage initial<sup>87</sup>.

Il importe par ailleurs de tenir compte de la position de la Cour de cassation, selon laquelle la connaissance d'un dommage (ou de son aggravation) n'implique pas la connaissance de son étendue<sup>88</sup>. Par conséquent, le délai est déclenché dès que la victime a connaissance du dommage dans son principe, quand bien même elle ignore encore l'ampleur finale de celui-ci. En revanche, la victime bénéficie d'un nouveau délai à compter du jour où elle prend connaissance d'une évolution significative du dommage au point de conférer à ce dernier une nouvelle nature et des conséquences imprévues, ce qui serait le cas lorsque de simples lézardes dans un immeuble se transforment en fissures importantes, génératrices d'instabilité.

36. Dès lors que le démarrage du délai de cinq ans est tributaire d'un élément subjectif de prise de connaissance (double) dans le chef de la partie préjudiciée<sup>89</sup>, il en résulte que la partie perturbatrice sera exposée plus longtemps à une action judiciaire. Cet allongement est cependant soumis à une limite fixée par l'ancien Code civil, qui reste d'actualité. Aux termes de cette limite, l'action se prescrit en tout cas par vingt ans à partir du jour qui suit celui où s'est produit le fait qui a provoqué le dommage<sup>90</sup>.

<sup>85</sup> « [...] toute action en réparation d'un dommage fondée sur une responsabilité extra-contractuelle se prescrit par cinq ans à partir du jour qui suit celui où la personne lésée a eu connaissance du dommage ou de son aggravation et de l'identité de la personne responsable ».

<sup>86</sup> En ce sens, Liège, 30 avril 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1687.

<sup>87</sup> Liège, 4 mai 2018, *J.L.M.B.*, 2018, p. 1566, note R. POÏA.

<sup>88</sup> Cass., 9 décembre 2010, *Pas.*, 2010, p. 3174.

<sup>89</sup> Celle-ci doit avoir connaissance du dommage et de l'identité du responsable.

<sup>90</sup> Art. 2262bis, § 1<sup>er</sup>, al. 3, de l'ancien Code civil qui est d'application ici.

## § 7. L'ACTION PRÉVENTIVE POUR TROUBLES DE VOISINAGE

37. Le codificateur de 2020 a pris la décision de prévoir la possibilité pour la victime de former une action pour troubles de voisinage à titre préventif<sup>91</sup>. En d'autres termes, le plaignant ne doit pas attendre que le préjudice soit réalisé pour agir en justice.

Encore faut-il qu'il y ait un risque « grave » et « manifeste » de troubles de voisinage, et que ce risque se situe sur le terrain de la sécurité, la santé ou la pollution.

38. L'action préventive telle qu'elle est organisée dans le nouveau Code peut faire l'objet de deux lectures.

Dans une première lecture, que l'on pourrait qualifier de minimaliste, le nouveau Code effectue simplement une duplication du mécanisme général de l'action préventive inscrit à l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire<sup>92</sup>.

Dans une deuxième lecture, nettement plus ambitieuse, le nouveau Code opère une forme d'intégration du principe de précaution dans le domaine de droit civil lié aux troubles de voisinage.

Il convient de soumettre ces deux lectures à une évaluation critique, et ensuite, si possible, de les départager.

39. La lecture minimaliste est celle qui semble se dégager des travaux préparatoires, et donc, *a priori*, celle qui tend à refléter l'intention du législateur. Le codificateur y répond à une objection du Conseil d'État<sup>93</sup> selon lequel il était inutile de prévoir une disposition organisant une action préventive, dès lors que le principe de celle-ci était déjà consacré d'une manière générale à l'article 18 du Code judiciaire.

Pour justifier le maintien de la disposition en projet malgré l'objection du Conseil d'État, les auteurs du texte avancent deux arguments.

40. Le premier argument est lié à la fois à la sécurité juridique et à des vertus pédagogiques. En premier lieu, le législateur entend mettre fin à une controverse, car il existait un courant opposé à l'application de l'action préventive dans ce domaine-ci<sup>94</sup>. Ensuite, le législateur souhaite faire œuvre de pédagogie. En repre-

<sup>91</sup> Art. 3.102.

<sup>92</sup> Aux termes de l'article 18, alinéa 2, du Code judiciaire, « [l']action peut être admise quand elle a été intentée, même à titre déclaratoire, en vue de prévenir la violation d'un droit gravement menacé ».

<sup>93</sup> Avis du Conseil d'État, avis 63 490/2, p. 49/142.

<sup>94</sup> Cette solution « met un terme au débat sur la question de savoir si un simple risque de troubles suffit déjà en soi pour intenter une action pour troubles de voisinage excessifs » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189) ; « Vu le nombre d'interrogations en doctrine et jurisprudence sur l'intervention du juge [...] pour un risque de trouble et non pour un trouble avéré » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 190).

nant d'une manière concrète et dans un texte légal spécifiquement consacré aux troubles de voisinage un mécanisme qui ne figure que dans une loi générale, sous une forme abstraite, le législateur rend la loi plus lisible au bénéfice de tous, praticiens de la matière et citoyens en général.

Cet argument-ci n'est évidemment pas dénué de mérites. Toutefois, il n'est pas non plus à l'abri d'une critique. Celle-ci est liée à la formulation du texte, lequel limite le champ d'application de l'action préventive aux situations qui génèrent des risques (graves et manifestes) sur le plan de la sécurité, de la santé ou de la pollution<sup>95</sup>. Certains diront sans doute que cette formulation couvre une très grande partie des situations justifiant une action préventive. Pour autant, il est à prévoir qu'à la moindre occasion, les défenseurs ne manqueront pas de soulever qu'ils ne se trouvent pas dans une des situations visées par la loi pour une action préventive. Prenons l'exemple suivant où, dans un village, un fermier s'apprête à entamer un élevage de poulets en batterie susceptible d'occasionner, notamment, des odeurs pestilentielles, mais sans toutefois, selon lui, représenter un risque grave et manifeste en matière de santé, ni de sécurité ou de pollution. Dans cet exemple, l'action préventive telle qu'elle est formulée dans le nouveau Code de droit des biens pourrait donner lieu à des discussions, alors que ces discussions seraient évitées ou à tout le moins considérablement réduites si l'action préventive est exercée conformément à l'article 18 du Code judiciaire<sup>96</sup>.

Si, en outre, il faut comprendre que le mécanisme préventif spécial prévu dans le domaine des troubles de voisinage se substitue au mécanisme préventif général prévu à l'article 18 du Code judiciaire<sup>97</sup>, il faudrait en déduire que la nouvelle réglementation aboutit à restreindre le champ d'application de l'action préventive. Ce ne serait sans doute pas l'effet recherché par le législateur, mais le risque est élevé qu'il se produise.

41. Le deuxième argument avancé par le rédacteur du texte en faveur de l'inclusion d'une disposition organisant l'action préventive est de nature légistique.

Le codificateur observe que dans d'autres matières particulières que celle-ci, le législateur est déjà intervenu de la même manière, en intégrant une disposition destinée à organiser une action préventive<sup>98</sup>.

L'argument suscite une certaine perplexité, car à nouveau, il pourrait être de nature à générer des effets non désirés. À terme, il pourrait en effet créer des zones d'insécurité juridique, notamment dans les hypothèses suivantes. Si le législateur prévoit un mécanisme préventif soumis à des conditions strictes dans un domaine déterminé, on se posera la question de savoir si le mécanisme général

<sup>95</sup> Le texte est formulé comme suit : « Si un bien occasionne des risques graves et manifestes en matière de sécurité, de santé ou de pollution [...] ».

<sup>96</sup> L'article 18 du Code judiciaire ne limite pas le champ d'application de l'action préventive.

<sup>97</sup> Voy. à ce propos, au paragraphe suivant, la critique qui est adressée au deuxième argument avancé par le législateur.

<sup>98</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189.

prévu à l'article 18 du Code judiciaire peut s'appliquer au cas où les conditions strictes ne sont pas réunies. Si le législateur a omis, dans un domaine déterminé, de prévoir un mécanisme préventif, on se posera la question de savoir si le mécanisme général prévu par le Code judiciaire peut combler cette lacune.

42. Les réflexions critiques qui précèdent incitent à envisager une deuxième lecture de l'article 3.102 du nouveau Code, selon laquelle il serait permis de considérer que le codificateur a opéré une intégration du principe de précaution au sein de la matière civile des troubles de voisinage.

Cette lecture-ci suppose de prendre appui sur le texte légal lui-même, au-delà des commentaires des travaux préparatoires, et de lui donner sa pleine mesure. Dans ce but, il importe d'approfondir l'examen des termes précis choisis par le législateur pour donner forme à l'action préventive.

43. Dans ce contexte, il est essentiel de se concentrer sur les notions de sécurité, santé et pollution qui ont été choisies par le législateur pour identifier les situations justifiant l'action préventive spécifique qu'il a décidé de mettre en place.

Les travaux préparatoires ne contiennent pas d'indication utile à ce sujet. On pressent néanmoins que ces trois notions n'ont pas été privilégiées par hasard. Une piste d'explication semble pouvoir être trouvée dans la jurisprudence des juges de l'Union européenne.

Si ceux-ci attachent une importance décisive à ces trois notions, c'est que celles-ci correspondent à trois pôles vitaux de la vie en société qui justifient une réduction maximale des risques et donc le déploiement du principe de précaution. À cet égard, le tribunal de l'Union définit le principe de précaution « comme un principe général de droit communautaire imposant aux autorités compétentes de prendre des mesures appropriées en vue de prévenir certains risques potentiels pour la santé publique, la sécurité et l'environnement, en faisant valoir la protection de ces intérêts sur les intérêts économiques »<sup>99</sup>.

Par ailleurs, la jurisprudence de l'Union explique que le principe de précaution contribue à surmonter le problème de la preuve d'un dommage futur – problème qui est incidemment soulevé dans les travaux préparatoires du nouveau Code de droit des biens<sup>100</sup>. Dans le domaine de la prévention des risques liés à la santé, la Cour de justice observe que « [l]orsqu'il s'avère impossible de déterminer avec certitude l'existence ou la portée du risque allégué, en raison de la nature non concluante des résultats des études menées, mais que la probabilité d'un dommage réel pour la santé publique persiste dans l'hypothèse où le risque se réaliserait, le principe de précaution justifierait l'adoption de mesures restrictives »<sup>101</sup>.

<sup>99</sup> T.P.I.C.E., 26 novembre 2002, *Artogodan*, T-74/00, pt 184.

<sup>100</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189.

<sup>101</sup> C.J.U.E., 9 juin 2016, *Giovanni Pesce*, C-78/16, pt 47, avec renvoi à C.J.U.E., 17 décembre 2015, *Neptune Distribution*, C-157/14, pts 81 et 82.

44. Il est exact que le principe de précaution s'applique très souvent dans un contexte où il oblige l'administration lorsque celle-ci intervient en vertu de ses pouvoirs de police. Cela étant, il peut en outre trouver application dans d'autres contextes. Ainsi, lorsque le principe de précaution est reçu en droit positif, il permet de justifier l'intervention du législateur<sup>102</sup>. Telle est précisément l'hypothèse qui est envisagée ici, à savoir l'hypothèse où le codificateur du droit des biens aurait intégré le principe de précaution dans le domaine des troubles de voisinage<sup>103</sup>.

45. Cette dernière hypothèse est encore encouragée par un autre type d'argument, tiré cette fois de la sphère des droits fondamentaux. Parmi ceux-ci, la Constitution belge garantit tant la protection du droit à la santé<sup>104</sup> que celle du droit à un environnement sain<sup>105</sup>. Il s'en déduit que le risque qui affecte ces droits fondamentaux est grave par nature<sup>106</sup>, ce qui légitime encore le choix du législateur en faveur d'une action préventive, au nom du principe de précaution.

À l'appui de cette solution, il importe bien entendu d'ajouter les fondements légaux figurant dans les textes supranationaux, en particulier l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>107</sup>.

46. À l'examen du texte légal, il paraît d'autant plus défendable d'identifier la présence du principe de précaution au sein de l'article 3.102 du nouveau Code de droit des biens que cette disposition formule des conditions qui sont adaptées à une mise en œuvre prudente de ce principe.

Le texte exige en effet, pour le déclenchement de l'action préventive, des risques qualifiés à la fois de « graves » et de « manifestes »<sup>108</sup>. Les travaux préparatoires ne contiennent pas d'éclaircissement sur ces conditions. Mais il semble permis de développer les réflexions suivantes au regard du principe de précaution. Celui-ci a vocation à s'appliquer dans des situations où, d'une part, il s'avère impossible de déterminer avec certitude la réalisation du préjudice<sup>109</sup>, et où, d'autre part, ce préjudice serait élevé dans l'hypothèse où il se réaliserait. Dans ce contexte, le terme

<sup>102</sup> M. PÂQUES, « Le principe de précaution et le Conseil d'État : chronique d'une naissance annoncée », *J.T.*, 2004, pp. 169-179, spéc. n° 1 *in fine*.

<sup>103</sup> Certes, dans ce cas-ci le législateur n'édicte pas de norme de fond visant à prévenir spécifiquement un risque précisément défini. Mais cela n'empêche qu'il édicte une norme, même si celle-ci est de nature procédurale dans la mesure où elle se limite à habiliter d'une manière générale le juge à prévenir des risques dans trois domaines particuliers.

<sup>104</sup> Art. 23, al. 3, 2°.

<sup>105</sup> Art. 23, al. 3, 3°.

<sup>106</sup> M. PÂQUES, « Le Conseil d'État et le principe de précaution : chronique d'une naissance annoncée », *op. cit.*, pp. 169-179, n° 8.

<sup>107</sup> Voy. X. THUNIS, « Compenser le préjudice écologique : ressources et limites de la responsabilité civile », *op. cit.*, 81-96, spéc. n° 16.

<sup>108</sup> L'article 3.102 énonce : « Si un bien immeuble occasionne des risques graves et manifestes [...] ».

<sup>109</sup> M. Pâques parle de risque « incertain » (M. PÂQUES, « Le Conseil d'État et le principe de précaution : chronique d'une naissance annoncée », *op. cit.*, n° 1).

« grave » pourrait être compris comme désignant la hauteur élevée du préjudice lié au risque, alors que le terme « manifeste » pourrait s'entendre comme synonyme d'une probabilité caractérisée – même si elle reste une simple probabilité.

47. Dans cette lecture privilégiant le principe de précaution, le nouveau Code des biens vise autre chose que la prévention de la violation d'un droit gravement menacé, au sens de l'article 18 du Code judiciaire. Ce dernier reste assez modeste en définitive, car il se limite à permettre d'empêcher la survenance d'un préjudice certain dans une situation où la menace est élevée que ce préjudice survienne. Par contraste, le Code des biens serait plus ambitieux dans la mesure où il permettrait d'empêcher la continuation d'un simple risque qu'un préjudice se réalise, pourvu que ce risque soit grave et manifeste. Dans ce cas de figure-ci, il n'est pas certain que le préjudice se produise, mais il est certain que s'il se produit, il sera grave<sup>110</sup>.

48. La lecture favorable au principe de précaution est astreignante, car elle réclame une distanciation significative par rapport à certaines réticences exprimées sous le régime antérieur. Il a ainsi pu être écrit précédemment que la responsabilité pour troubles de voisinage était peu à même de rencontrer les exigences du principe de précaution, notamment au motif qu'il est difficile de reconnaître un trouble excessif de voisinage attribuable à une activité dont il n'est pas établi qu'elle pourrait être nocive<sup>111</sup>. En sens inverse, toutefois, d'autres opinions, en jurisprudence et en doctrine, étaient nettement plus enclines à la prise en considération du risque créé<sup>112</sup>.

49. Par ailleurs, il faut reconnaître que même si elle est sérieuse, sous l'empire du nouveau Code, la piste du principe de précaution ne s'impose pas avec aisance.

Les travaux préparatoires lui réservent en effet un accueil que l'on peut qualifier de tiède. Ils traitent la problématique de la pertinence du principe de précaution en droit civil et de la mesure dans laquelle il faut l'admettre comme une « question »<sup>113</sup> – sous-entendu, une question que le législateur se refuse de trancher dans le nouveau Code, en tout cas de manière ouverte.

<sup>110</sup> C'est en ce sens qu'on peut comprendre les travaux préparatoires selon lesquels le risque « doit être hautement qualifié » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189).

<sup>111</sup> B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 305.

<sup>112</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189 et références citées ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 330, n° 130 ; P. LECOCQ, « Troubles de voisinage : qui, comment et pour quoi ? », in *Les troubles de voisinage. Quatre points de vue*, Limal, Anthemis, 2007, pp. 25-28, n°s 19-21.

<sup>113</sup> « C'est toute la question » y est-il écrit à ce sujet (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 190).

En dépit de ces réserves, il nous semble défendable de soutenir que, vu les termes utilisés par le texte légal<sup>114</sup>, cette question a indirectement été résolue dans un sens positif, ainsi qu'on l'a vu<sup>115</sup>.

En marge de cette discussion de fond, on observera que les travaux préparatoires ont souligné la nécessité d'écarter les moyens utilisés dans la pratique sur le plan de la preuve du préjudice pour contourner la délicate discussion entourant le principe de précaution. On se souvient à ce sujet des controverses concernant les inconvénients psychologiques prétendument causés par des antennes pour GSM, lesquels inconvénients étaient mobilisés à défaut de pouvoir mobiliser un impact sur la santé en l'absence de preuves scientifiques irréfutables<sup>116</sup>. Il a donc été souligné dans les travaux préparatoires que le risque doit être objectif en ce sens que « pour son appréciation, il ne pourra simplement être tenu compte de la sensibilité personnelle de la partie lésée »<sup>117</sup>.

50. Pour résumer les choses, on peut dire que s'agissant de l'action préventive, chacune des deux lectures que nous avons proposées peut s'appuyer sur de sérieux arguments, l'une à partir des travaux préparatoires (la lecture minimaliste), et l'autre à partir du texte légal lui-même (la lecture favorable au principe de précaution).

Dans une telle configuration, il s'agit d'arbitrer une possible divergence<sup>118</sup> entre, d'une part, l'intention du législateur et, d'autre part, le texte de la loi. Même si ce type d'arbitrage peut s'avérer délicat dans certains cas, il nous paraît que, en l'occurrence, on peut accepter la solution généralement admise selon laquelle le texte légal doit prévaloir<sup>119</sup>, d'autant que la divergence n'est pas nette.

51. Si l'on admet la réception du principe de précaution au sein de la responsabilité pour troubles de voisinage, comme nous le suggérons, les problématiques déjà traitées pourraient toutefois resurgir avec une acuité accrue.

La question des mesures, en particulier, est de nature à se révéler épineuse dans certains cas complexes où le juge civil des troubles de voisinage est confronté à des autorisations administratives octroyées sur la base d'études approfondies.

<sup>114</sup> Notamment par le recours délibéré à des notions utilisées dans la jurisprudence communautaire pour déclencher le principe de précaution, à savoir la sécurité, la santé et la pollution.

<sup>115</sup> Voy. les développements en ce sens dans les paragraphes précédents.

<sup>116</sup> Voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 329, n° 130 ; voy. aussi les références citées à ce propos dans les travaux préparatoires (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189).

<sup>117</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 189.

<sup>118</sup> Même si les travaux préparatoires semblent donner l'avantage à la lecture minimaliste, la divergence avec le texte légal n'est pas nette.

<sup>119</sup> Paul Delnoy écrit ceci à ce sujet : « [...] les travaux préparatoires ne peuvent être invoqués lorsqu'ils entrent en contradiction avec la loi. Cela vient de ce que seul le texte [de la loi] est adopté [...] » (P. DELNOY, *Éléments de méthodologie juridique*, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2008, p. 198, n° 58).

En outre, le juge devra prendre en considération l'aléa qui conditionne la survenance du préjudice<sup>120</sup>. Le juge devra d'autant plus faire preuve de prudence que la probabilité de la survenance donnerait lieu à des discussions.

## § 8. LA COMPÉTENCE JUDICIAIRE

52. La tâche du juge des troubles de voisinage pouvant présenter une complexité certaine, en particulier dans le contexte de l'action préventive, comme on vient de le voir, il est important de s'interroger sur le juge le mieux placé pour l'assumer au sein de l'organisation judiciaire.

À l'occasion de l'adoption du nouveau Code de droit des biens, le législateur a décidé d'attribuer une compétence spéciale au juge de paix pour trancher les différends relatifs aux troubles de voisinage<sup>121</sup>. L'argument utilisé à l'appui de cette solution est que ce magistrat est sans doute le mieux placé dès lors qu'il s'agit d'un conflit de proximité. L'argument est *a priori* convaincant, mais pour autant, il n'élimine pas toute possibilité de scepticisme dans le chef du praticien. À cet égard, les propos du président de l'Union royale des juges de paix devant le Parlement<sup>122</sup>, même s'ils suscitent une empathie incontestable, sont de nature à susciter des interrogations vis-à-vis de la nouvelle compétence. Le président a en effet rappelé que les conditions de travail difficiles des magistrats de cette juridiction s'accommodaient mal avec le traitement de dossiers de grande envergure, ce que l'on comprend parfaitement, voire, de manière générale, avec un réflexe d'ouverture au contentieux préventif, ce qui pourrait être embarrassant au regard de ce qui précède.

Dans ce contexte, il n'est pas déraisonnable de nourrir une certaine inquiétude. Les différends liés aux troubles de voisinage portent certainement, pour une grande part, sur des conflits locaux de petite dimension qui justifient l'intervention d'un juge local, sensible aux intérêts des particuliers, à l'image du juge de paix. Mais ils peuvent également porter sur des conflits de grande ampleur, liés à des pollutions industrielles ou des survols d'avions, pour lesquels la notion de proximité est très relative. Il aurait sans doute été plus simple de continuer à suivre les règles ordinaires de répartition des compétences pour confier au juge de paix les demandes dont la valeur ne dépasse pas le montant fixé par la loi, plutôt que de créer une nouvelle compétence spéciale.

<sup>120</sup> M. PÂQUES, « Le Conseil d'État et le principe de précaution : chronique d'une naissance annoncée », *op. cit.*, n° 23.

<sup>121</sup> L'article 3 de la loi du 4 février 2020 qui insère un nouvel article 591, 2° *ter*, dans le Code judiciaire.

<sup>122</sup> *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, pp. 86-87.

## SECTION 4. CONSIDÉRATIONS FINALES

53. S'il fallait dresser un bilan global du nouveau Code en matière de troubles de voisinage on pourrait le présenter comme suit.

La continuité est au rendez-vous avec les grands principes directeurs et une grande majorité des solutions dégagées par la jurisprudence et la doctrine antérieures. Le texte légal fait preuve de concision, de clarté, d'efficacité et d'équilibre, alors que les travaux préparatoires, remarquablement documentés, reflètent opportunément le travail considérable fourni par les personnalités académiques qui ont contribué à porter le projet. Tout au plus peut-on regretter ci et là certains manques de netteté, notamment à propos de la notion de préoccupation, voire certaines lacunes, entre autres sur la question de l'interaction avec les autorisations administratives et sur la question de la réceptivité.

En revanche, le résultat se révèle plus mitigé sur le terrain de la seule véritable innovation, à savoir l'action préventive. Le constat qui finit par se dégager à ce sujet est qu'au départ le texte s'est doté des moyens nécessaires pour intégrer le principe de précaution – ce qui était ambitieux – mais que cette ambition a été mise en veilleuse voire revue à la baisse en cours de route, vraisemblablement pour ne pas fragiliser un consensus indispensable à l'aboutissement du projet. Cela étant, pour considérer les choses avec un œil optimiste, la nouvelle réglementation présente l'immense avantage d'avoir ouvert la discussion et offert des perspectives pour relever des défis sociétaux majeurs, liés en particulier à la préservation de la santé et de la qualité de l'environnement.

# CHAPITRE 2

## LA CLÔTURE MITOYENNE

par

Vincent DEFRAITEUR

*Avocat au barreau de Bruxelles*

*Assistant en droits réels à l'ULB et à Saint-Louis*

### SECTION 1. INTRODUCTION

**1. Introduction.** Le Titre 5, et inédit, du Livre III du Code civil s'intitule *Les relations de voisinage*. La volonté des auteurs du projet de texte légal, Pascale Lecocq et Vincent Sagaert (ci-après, les auteurs), a été de regrouper les diverses questions relatives au voisinage, « dans une perspective de fonctionnalité et en dépassant, aussi, les stricts contours du droit de propriété »<sup>1</sup>.

Ce Titre 5 comprend trois Sous-titres : les troubles de voisinage (Sous-titre 1<sup>er</sup>) qui font leur entrée explicite dans le Code civil – et qui sont examinés dans le présent ouvrage par le Professeur Michaux – et les servitudes (Sous-titre 3), examinées quant à elles par M<sup>e</sup> Boufflette. Entre ces deux sous-titres réside le Sous-titre 2 consacré à *la clôture mitoyenne*.

Il s'agit de l'objet du présent chapitre.

Cette matière est régie par onze articles (de 3.103 à 3.113) que nous avons reproduits *in extenso* en tête des paragraphes les commentant, dans un souci de clarté.

Les auteurs indiquent que la clôture mitoyenne aurait pu se retrouver tant dans le chapitre consacré à la copropriété forcée, que dans ceux consacrés aux limites matérielles de l'étendue horizontale de la propriété immobilière ou aux servitudes. Ces auteurs ont toutefois voulu « privilégier l'approche concrète et fonctionnelle de la mitoyenneté en ce qu'elle est une communauté, forcée, d'intérêts entre propriétaires voisins, qu'il s'agisse, classiquement, des propriétaires des fonds contigus, ou de propriétaires de volumes et de constructions contigus, en sursol et en sous-sol, en vertu d'un droit réel d'usage »<sup>2</sup>.

Les auteurs soutiennent enfin avoir cherché un équilibre « entre privilégier l'établissement de clôtures mitoyennes pour des raisons d'économie foncière, mais aussi de salubrité et de sécurité, et préserver les propriétaires fonciers de dépenses inattendues et inutiles pour eux »<sup>3</sup>.

Voyons – et commentons modestement – le résultat de leurs travaux.

---

<sup>1</sup> Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil (commentaire des articles, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001), p. 182.

<sup>2</sup> *Idem*, p. 182.

<sup>3</sup> *Idem*, p. 182.

## SECTION 2. UNE RÉALITÉ MIEUX QUALIFIÉE

« Article 3.103

La mitoyenneté est un droit de copropriété d'une clôture séparative, qu'il s'agisse d'un mur, d'une haie, d'un fossé, d'une palissade, d'un grillage ou de tout autre élément matériel.

Nonobstant toute clause contraire, chaque copropriétaire ne peut disposer de sa quote-part dans la clôture mitoyenne sans disposer en même temps de la propriété de son fonds.

Les dispositions suivantes s'appliquent entre volumes visés à l'article 3.47 ».

### § 1. D'UN POINT DE VUE JURIDIQUE

2. **Qualification.** L'ancien Code civil organisait la mitoyenneté au titre des servitudes légales, à la Section I du Chapitre II du Titre IV intitulé *Des servitudes ou services fonciers*. Par ailleurs, les dispositions relatives à la mitoyenneté des haies figuraient, quant à elles, dans le Code rural depuis 1886, aux articles 30 à 34.

Le nouveau Sous-titre 2 de ce Titre 5 a pour mérite de regrouper l'ensemble des dispositions et de les extraire du sous-titre suivant relatif aux servitudes.

La qualification de servitude légale était en effet critiquée par la doctrine majoritaire<sup>4</sup>. Toutefois, deux éléments plaidaient en faveur de la qualification de servitude : les mécanismes de contrainte prévus aux articles 661 et 663 de l'ancien Code civil d'une part et, d'autre part, la faculté d'abandon prévu à l'article 656 du même Code<sup>5</sup>.

Il faut aussi noter que les deux qualifications avaient été retenues par la Cour de cassation. Ainsi, dans un arrêt du 25 février 1932, la Cour suprême a considéré que l'obligation d'acquiescer la mitoyenneté, déduite de l'article 661 du Code civil, « est une des charges que les articles 653 et suivants du Code civil érigent en *servitude légale*, et qui s'imposent à tout détenteur du fonds assujéti »<sup>6</sup>. Ensuite, par un arrêt du 9 septembre 1976, cette même juridiction consacrait « le caractère exceptionnel de la forme de *copropriété* que constitue la mitoyenneté »<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, 689 e.v. ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, n° 101, pp. 252-255 ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, Liège, 1996, n° 996.

<sup>5</sup> Même s'il faut relever que seule la qualification de servitude permet d'expliquer entre autres la faculté d'abandon prévue à l'art. 656 C. civ. ; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2013, p. 304, qui qualifie la mitoyenneté d'« institution juridique résolument hybride » ; F. VAN BEVER, « La mitoyenneté », in *Manuel pratique des relations de voisinage*, Liège, Wolters Kluwer Belgium, 2018, p. 59, n°s 100 et 101.

<sup>6</sup> Cass., 25 février 1992, *Pas.*, 1932, I, 83.

<sup>7</sup> Cass., 9 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, p. 27.

3. La doctrine préférerait cependant la qualification de copropriété. « En effet, pour l'ensemble de la doctrine et de la jurisprudence belge et française, un mur, une haie ou un fossé mitoyen appartient à deux – le plus souvent – propriétaires, chacun pour une quote-part mathématique abstraite d'une moitié de chaque molécule de cet élément mitoyen »<sup>8</sup>, et plus particulièrement une copropriété forcée telle que définie à l'article 577-2, § 9, de l'ancien Code civil que nous rappelons ici : « Néanmoins, les biens immobiliers indivis qui sont affectés à l'usage commun de deux ou plusieurs héritages distincts appartenant à des propriétaires différents ne sont point sujets à partage »<sup>9</sup>.

Cet article 577-2, § 9, de l'ancien Code civil trouve désormais son pendant à l'article 3.78 du nouveau texte en ces termes : « La copropriété forcée est toute forme de copropriété où le bien indivis doit être en copropriété en raison de sa fonction ou de sa destination. C'est notamment le cas si ce bien est l'accessoire d'un bien privatif de chacun des copropriétaires. Toutefois, la clôture mitoyenne est soumise aux règles particulières du titre 5, sous-titre 2 ».

L'article 3.103 du Code civil confirme aussi explicitement que *la mitoyenneté est un droit de copropriété* et l'alinéa 2 de préciser que l'on « ne peut disposer de sa quote-part dans la clôture mitoyenne sans disposer en même temps de la propriété sur son fonds ».

Désormais, et en définitive, la clôture mitoyenne est donc bel et bien une copropriété qui dispose toutefois de son propre corps de règles. Pour les aspects qui ne sont pas abordés explicitement par ce dernier, il convient donc de se référer au droit commun de la copropriété organisé aux articles 3.69 et suivants.

Enfin, « conformément au caractère supplétif de principe des dispositions du présent Livre, le régime de la copropriété est supplétif et peut être modulé par la volonté des parties »<sup>10</sup>.

## § 2. D'UN POINT DE VUE MATÉRIEL

4. **La clôture sous toutes ses formes.** La notion de clôture apparaît deux fois dans le texte du Livre 3. Non seulement au titre de la propriété, comme prérogative essentielle du propriétaire immobilier, mais également dans ce Sous-titre, en tant que « délimitation entre deux fonds »<sup>11</sup>.

Lorsqu'elle relève d'une prérogative du propriétaire immobilier, visée à l'article 3.61 du Code, la clôture est privative. Elle doit respecter les prescriptions légales et réglementaires, elle peut être implantée jusqu'à la limite de la propriété et elle ne peut porter atteinte aux droits des tiers. Cette disposition est la nouvelle

<sup>8</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 251.

<sup>9</sup> Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332 ; J.P. Westerlo, 14 octobre 2002, *R.G.D.C.*, 2004, p. 360 ; Civ. Bruges, 3 avril 2009, *T.G.R.*, 2009, p. 231.

<sup>10</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 191.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 190.

version de l'article 647 de l'ancien Code civil<sup>12</sup> dont la référence à *la limite* est puisée, quant à elle, à l'article 30, alinéa 4, du Code rural<sup>13</sup>.

Lorsque cette clôture est mitoyenne, elle est organisée par le Sous-titre 2 de ce Titre 5. Le terme de clôture, au sens de ce Sous-titre, implique une définition bien plus générique que les seuls « mur et fossés » qui étaient visés aux articles 653 et suivants de l'ancien Code. Désormais, il s'agira de « toute clôture séparative, qu'il s'agisse d'un mur, d'une haie, d'un fossé, d'une palissade, d'un grillage ou de tout autre élément matériel » précise l'article 3.103. Il s'agit, à lire les développements, de « toute enceinte qui ferme le passage entre deux parcelles (...) »<sup>14</sup>.

Le régime applicable se voit uniformisé : « Tous ces ouvrages séparatifs mitoyens feront désormais l'objet d'un régime unifié, sauf disposition spécifique à l'un ou l'autre, notamment en ce qui concerne le mur mitoyen, spécialement lorsqu'il doit être apte à soutenir des ouvrages »<sup>15</sup>.

Enfin, l'article 3.103 *in fine* prescrit que ces dispositions s'appliquent aussi aux limites de propriété « entre volumes visés à l'article 3.47 ». Nous savons que le nouveau texte consacre la propriété tridimensionnelle, la clôture mitoyenne a donc dû s'adapter. Le volume peut exister en sursol ou en sous-sol, ou encore un volume peut-il en surplomber un autre. Il ne s'agit donc plus de la seule clôture érigée entre deux *fonds*, au sens strict du terme, même si le terme *fonds* est encore utilisé à plusieurs reprises dans la suite des articles<sup>16</sup>, sans doute par facilité.

## SECTION 3. LA PREUVE DE LA MITOYENNETÉ

### « Article 3.105

Les clôtures réalisées en limite séparative ou à cheval sur la ligne séparative sont présumées mitoyennes, sauf prescription acquisitive ou titre contraire. S'il n'est pas établi que la clôture se trouve à cheval sur la ligne séparative, la présomption de mitoyenneté peut aussi être contredite par une marque de non-mitoyenneté.

Les marques de non-mitoyenneté sont, sauf preuve contraire, les suivantes :

- un mur est présumé appartenir au propriétaire du fonds vers lequel son sommet est incliné ou du côté duquel il existe des éléments architecturaux attestant de son caractère privatif ;
- un fossé est présumé appartenir au propriétaire du fonds du côté duquel se trouve le rejet de terre ;
- une clôture est présumée appartenir au propriétaire du fonds clos lorsqu'un seul des fonds est entièrement clôturé.

<sup>12</sup> « Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682 ».

<sup>13</sup> « Toute autre clôture peut être établie au point extrême de la propriété ».

<sup>14</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 190.

<sup>15</sup> *Idem*, p. 190.

<sup>16</sup> *Idem*, p. 191.

Sauf prescription acquisitive ou titre contraire, un mur de soutènement sur lequel le voisin n'exerce aucun droit est présumé privatif au propriétaire du fonds dont il soutient les terres ».

**5. Régime ancien.** La question de la preuve du caractère mitoyen est la première qui se pose pour les praticiens confrontés à une problématique en la matière. Le mur litigieux est-il privatif ou commun ? S'agissant du point de départ des responsabilités, il s'agit aussi du premier à trancher, non sans mal.

Les praticiens devaient recourir<sup>17</sup> aux articles 653 et 654 de l'ancien Code civil qui organisaient les présomptions de mitoyenneté et des marques de non-mitoyenneté, dans des termes ayant endureté deux siècles. Quant aux haies, il fallait se référer à l'article 32 du Code rural<sup>18</sup>.

Cet ensemble est revu au goût du jour et généralisé à l'article 3.105 du nouveau Code.

**6. Une présomption de mitoyenneté étendue.** Partant du constat que les titres sont souvent muets quant au caractère privatif ou mitoyen des clôtures, et considérant l'utilité commune et égale que représente la clôture pour les deux voisins, le principe consacré est que toute clôture réalisée « en limite de propriété ou sur la ligne séparative elle-même »<sup>19</sup> est présumée mitoyenne, selon l'article 3.105, alinéa 1<sup>er</sup>, du texte.

L'article 653 de l'ancien Code civil consacrait déjà une présomption de mitoyenneté, pour « tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardin, et même entre enclos dans les champs ». Faisant une application restrictive de cette dérogation au droit commun de la propriété, la Cour de cassation avait considéré, par un arrêt du 13 janvier 2005, que cette présomption ne s'appliquait pas « au mur séparant un bâtiment d'une cour ou d'un jardin »<sup>20</sup>.

La présomption actuelle englobe donc une réalité plus large que celle qui avait cours précédemment, ce que les développements confirment : « Les rédacteurs ont souhaité généraliser – pour des raisons de transparence – la présomption de mitoyenneté à toutes les clôtures existantes, au sens large, réalisées en limite de propriétés ou sur la ligne séparative elle-même, en se référant donc à l'emplacement de la clôture »<sup>21</sup>.

Notons aussi que la notion « d'héberge » n'existe plus.

<sup>17</sup> ...et doivent toujours, jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2021, mais nous nous projetons dans l'avenir.

<sup>18</sup> « Toute haie qui sépare des héritages est réputée mitoyenne, à moins qu'il n'y ait qu'un seul des héritages en état de clôture, ou s'il n'y a titre ou possession suffisante du contraire », J.P. Limbourg-Aubel, 7 décembre 2011, *J.L.M.B.*, 2013, liv. 8, p. 511.

<sup>19</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 194.

<sup>20</sup> Cass., 13 janvier 2005, *Pas.*, 2005, I, p. 65.

<sup>21</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 194.

Cette présomption est réfragable mais ne peut être renversée que par « prescription acquisitive ou titre contraire ». On notera au passage que le terme *usuca-pion*, certes avec d'autres, disparaît totalement du nouveau Livre. Ensuite, quant à ces deux possibilités, il faut se référer à notre sens à l'article 3.52 du Code qui établit une hiérarchie des preuves de la propriété : le titre doit l'emporter sur la possession.

Nous insistons : seuls ces deux motifs sont susceptibles de renverser la présomption, à l'exclusion de tout autre. Les auteurs de préciser : « la présomption est réfragable de manière limitative : seuls la prescription acquisitive et le titre – au sens d'acte juridique à prouver selon les règles de preuve de droit commun – sont susceptibles de valoir comme preuves contraires, à l'exception donc des présomptions humaines »<sup>22</sup>.

Le texte reste muet, ce qui est peut-être dommage, quant au moment à prendre en considération pour apprécier les faits susceptibles d'entraîner le jeu des présomptions : s'agit-il du moment de la construction ou du moment où le litige oppose les propriétaires des deux fonds ? À lire les développements, il faut privilégier cette seconde option, en s'appuyant sur un arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1999<sup>23</sup>. Cette jurisprudence avait été suivie au fond, s'agissant de prendre en considération le moment « du litige, eu égard à la disposition actuelle des lieux »<sup>24</sup>.

Selon Isabelle Durant, qui se réfère elle-même au maître Hansenne<sup>25</sup>, cette présomption pourra donc être renversée par le voisin apte à démontrer que l'état actuel du mur ne correspond pas à son état originaire<sup>26</sup>, avec pour conséquence que la présomption de mitoyenneté instituée par l'article 3.105, alinéa 1<sup>er</sup>, peut se voir renversée pour un troisième motif.

**7. La clôture incertaine.** La clôture séparative établie sur une limite incertaine sera protégée par la même présomption, laquelle pourra aussi (et donc en plus des deux critères exposés ci-avant) être renversée par des marques de non-mitoyenneté. Ces marques sont « limitativement énumérées » dans trois situations. Citons-les.

1. « le mur sera présumé appartenir au propriétaire du fonds vers lequel son sommet est incliné ou du côté duquel il existe des éléments architecturaux attestant de son caractère privatif » (art. 3.105, al. 3, premier tiret).  
Nous retrouvons ici, à notre estime, les éléments architecturaux qui étaient consacrés à l'article 654 de l'ancien Code : lorsque la sommité du mur est

<sup>22</sup> *Idem*, p. 194.

<sup>23</sup> Cass., 20 mai 1999, *J.L.M.B.*, 2000, p. 464, note HANSENNE, qui lui-même faisait écho à un arrêt du 21 mars 1946, *Pas.*, 1946, I, p. 113.

<sup>24</sup> Liège, 31 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2013, liv. 8, p. 484.

<sup>25</sup> J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1008.

<sup>26</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 701.

droite et à plomb, lorsqu'il existe un chaperon<sup>27</sup> ou des filets<sup>28</sup> et corbeaux de pierre<sup>29</sup>, etc.

À titre d'exemple, la cour d'appel de Mons a conclu au caractère privatif d'un mur séparatif en raison de l'existence d'une marque de non-mitoyenneté : la sommité du mur litigieux était en effet droite et à plomb de son parement d'un côté, et présentait de l'autre un plan incliné<sup>30</sup>.

Il s'agit donc toujours de marques qui peuvent être renversées par la preuve contraire résultant d'un acte juridique, tel un acte de vente<sup>31</sup>.

2. « le fossé est présumé appartenir au propriétaire du fonds du côté duquel se trouve le rejet de terre » (art. 3.105, al. 3, deuxième tiret). Il s'agit d'une redite de la règle consacrée à l'article 668 de l'ancien Code civil.
3. « la clôture est présumée appartenir au propriétaire du fonds clos lorsqu'un seul des fonds est entièrement clôturé ». (art. 3.105, al. 3, troisième tiret)

Notons enfin que les développements font émerger une interrogation quant à ces deux régimes. En effet, on peut y lire que « lorsque la clôture est établie *en limite* (et non à cheval sur cette limite) *des propriétés* ou que ladite limite est incertaine, la présomption de mitoyenneté peut en outre être combattue au moyen des marques de non-mitoyenneté, énumérées limitativement »<sup>32</sup>.

Cette affirmation vient affiner, voire contredire, le texte légal.

En effet, il faudrait comprendre du texte légal que lorsque la clôture se trouve à cheval ou en limite, elle est présumée mitoyenne, cette présomption ne pouvant être renversée que par deux motifs : le titre et la prescription. Il s'agit de la règle de l'article 3.105, alinéa 1<sup>er</sup>.

Par contre, dans tous les autres cas où il n'est pas établi que la clôture se situe à cheval sur la limite, cette clôture reste présumée mitoyenne et cette présomption peut être renversée par les deux motifs susvisés, mais également par les marques de non-mitoyenneté. C'est la règle de l'article 3.105, alinéa 2. À lire les travaux parlementaires, parmi tous ces autres cas figure également la clôture établie en limite.

C'est en cela que les travaux parlementaires suscitent notre interrogation puisque l'article 3.105, alinéa 1<sup>er</sup>, précise explicitement que cette clôture établie en limite séparative est présumée mitoyenne, avec pour seule échappatoire les deux motifs que sont le titre et la prescription.

<sup>27</sup> Le chaperon est un petit toit placé en haut d'un mur, peu incliné, mais destiné à faciliter l'écoulement des eaux (HILBERT, *Traité de la mitoyenneté*, Duculot-Roulin, Tamines, 1955, 306).

<sup>28</sup> Les filets sont des lignes en pierres saillantes, placées en bas des chaperons qui servent à rejeter les eaux qui s'écoulent du mur, en dehors des parements des murs (*ibid.*).

<sup>29</sup> Les corbeaux sont des pierres saillantes incorporées dans le mur et destinées à supporter une poutre ou un fardeau du bâtiment que l'on va construire (*ibid.*).

<sup>30</sup> Mons, 5 février 2009, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1613.

<sup>31</sup> Cass., 16 janvier 1896, *Pas.*, I, p. 74.

<sup>32</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 194.

Il faudrait donc en conclure que cette clôture établie en limite, bien que visée à l'alinéa 1<sup>er</sup>, est également régie par l'alinéa 2, puisque la clôture établie en limite ne se situe par définition pas à cheval sur la ligne séparative des fonds.

Cela étant dit, cette lecture affinée, appelons-la comme ça, nous paraît défendable dès lors que l'on peut supposer que le mur construit en limite, parce situé sur l'un des deux fonds seulement, est, en réalité, privatif. Il fut généralement le fait de son propriétaire exclusif. Le régime de l'alinéa 2 permet donc à son propriétaire, malgré la présomption générale de mitoyenneté qui s'y rattache, de renverser celle-ci par le biais de son titre (ou de la prescription) mais aussi par une marque de non-mitoyenneté, telle la forme des tuiles.

Si cette lecture est exacte, il aurait peut-être été plus judicieux de consacrer une présomption de mitoyenneté, renversable pour deux motifs, pour les seules clôtures dont il est établi qu'elles sont érigées à cheval sur la limite de propriété et de considérer que toutes les autres clôtures séparatives, certes concernées par la même présomption de mitoyenneté, peuvent également être contredites par des marques de non-mitoyenneté.

**8. Une présomption de caractère privatif.** La loi instaure enfin une présomption de « privativité », comme le disent les développements<sup>33</sup>, s'agissant du « mur de soutènement sur lequel le voisin n'exerce aucun droit ». Ce dernier est présumé privatif au propriétaire du fonds dont il soutient les terres, quand bien même ce mur est établi sur la ligne séparative et qu'il servirait de séparation entre les propriétés. Cette présomption est aussi réfragable et peut être contredite par les titres ou par la prescription<sup>34</sup>. Il s'agit de la transcription des enseignements d'un arrêt de la Cour de cassation du 19 avril 2007<sup>35</sup>.

**9. Exit les présomptions humaines ?** Le régime antérieur était traversé par une controverse portant sur la question de savoir s'il existait des possibilités de combattre les présomptions de mitoyenneté autres que le titre et les marques énumérées par l'article 654 de l'ancien Code civil, en invoquant notamment des présomptions humaines qui pourraient établir le caractère privatif du mur. Cette thèse était soutenue par une certaine doctrine parfois suivie en jurisprudence<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 194.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 194 *in fine*.

<sup>35</sup> P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, « Droit des biens : propriété et copropriété », *Chroniques notariales*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 114.

<sup>36</sup> Voy., not., H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1953, n° 1217 ; H. VANDENBERGHE et S. SNAET, *Beginselen van belgisch privaatrecht*, d. V, *Zakenrecht*, b. III, *Mede-eigendom*, Kluwer, 2011, n° 149 ; J. KOKELENBERG, « De gemene muur : een (bak)steen op de maag ? », *R.G.D.C.*, 2003, liv. 8, n° 12 ; J.P. Gand, 19 février 2001, *T.G.R.*, 2003, p. 263, réformé par Civ. Gand, 9 mai 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 254, non point sur le principe mais sur son application aux faits de l'espèce, en notant que le tribunal ajoute que la liste de ces présomptions de non-mitoyenneté de l'article 654 ne doit pas être considérée comme limitative.

Le nouveau régime instauré est tel qu'il faut en conclure que les présomptions humaines sont désormais exclues, ce que confirment les développements<sup>37</sup>.

## SECTION 4. LES ORIGINES DE LA MITOYENNETÉ

10. Le nouveau régime conserve les deux origines de mitoyenneté, soit la mitoyenneté originaire (section 1) et la mitoyenneté acquise (section 2). Il ne faut pas négliger, pour autant, la prescription acquisitive (section 3).

### § 1. LA MITOYENNETÉ ORIGINNAIRE

« Article 3.106

Entre deux parcelles dont une au moins est bâtie, chaque propriétaire peut exiger du propriétaire de la parcelle contiguë qu'il participe à l'érection d'une clôture mitoyenne, à moins qu'une clôture privative ne se trouve déjà le long de la limite séparative.

En cas de réalisation d'une clôture mitoyenne, les propriétaires contribuent aux frais à parts égales.

Si un des deux voisins souhaite que soit érigé un mur pouvant servir d'appui à un ouvrage, il peut imposer à son voisin que la clôture consiste en un mur présentant une solidité, une largeur et une hauteur normales selon la destination des biens. Toutefois, si le voisin sollicité démontre qu'il n'a aucun besoin actuel de pareil mur et qu'il n'en fera aucun usage, le mur est érigé aux frais exclusifs du demandeur et est privatif à ce dernier mais il peut être construit à cheval sur la limite séparative des fonds sans aucune indemnisation pour la partie du sol correspondant à l'empiétement ».

11. **L'ancien régime.** La mitoyenneté originaire est celle qui était organisée à l'article 663 du Code civil. Elle permettait à chacun d'imposer à son voisin la construction d'un *mur* mitoyen à frais partagés, alors qu'aucune clôture n'existait, sous certaines conditions.

Formulons quelques commentaires quant à cette disposition.

Bien que le libellé de cet article 663 visait la construction ou la réparation de *la clôture faisant séparation de leurs maisons*, il était considéré que seuls les *murs* étaient concernés par cette disposition : les grillages, les fossés et les haies étaient exclus<sup>38</sup>. La notion de mur pouvait être discutée, couvrant des réalités aussi

<sup>37</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 194.

<sup>38</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 690.

diverses que les ouvrages purs et durs en maçonnerie, les clôtures en plaque de béton ou encore en galions<sup>39</sup>.

La taille et l'épaisseur du mur à construire pouvaient donner lieu à abus, si Primus voulait contraindre Secundus à l'érection d'un mur dont cette taille ou cette épaisseur ne se justifiait pas, au regard des circonstances de l'espèce<sup>40</sup>.

Comme on le sait, la disposition de l'ancien Code civil ne trouvait à s'appliquer que dans *les villes et faubourgs* afin d'assurer aux voisins concernés une certaine sécurité et tranquillité. Elle ne s'appliquait donc pas à la campagne mais en agglomération. Cette distinction, entre campagne et agglomération, était de pur fait et relevait de la souveraine appréciation du juge du fond<sup>41</sup>. À titre d'exemple, selon la cour d'appel de Bruxelles, la notion de villes et faubourgs est indépendante des règles de droit administratif et, au contraire, dépendante « de la nature et du nombre d'habitations, on se situe effectivement dans un faubourg dès lors qu'il s'agit d'un quartier où les parcelles sont étroites, les constructions nombreuses, proches les unes des autres et que plusieurs immeubles établis à proximité sont utilisés à des fins commerciales, à savoir notamment les magasins et débits de boissons »<sup>42</sup>. Il s'agissait surtout, à lire Isabelle Durant, de faire la distinction entre les zones densément habitées et celles qui le sont moins : plus les habitations sont proches, plus se fait sentir le besoin d'intimité<sup>43</sup>.

Ce mur devait, en outre, clôturer des *maisons, cours et jardins*. Les cours et jardins devaient être entendus au sens de dépendances d'une habitation<sup>44</sup>. Le texte ne s'appliquait pas aux prairies, aux terrains vagues, aux terrains servant de chantier ou d'accès à un bâtiment industriel<sup>45</sup>.

<sup>39</sup> M. BURTON, « La mitoyenneté », *Rép. not.*, t. II, I. VIII, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 23, n° 2 ; Fr. DELOBBE, « Définitions, caractéristiques, champ d'application, mitoyenneté/haies/arbres/fossés », *Rev. prat. imm.*, 2011, liv. 3, p. 61 et qui cite J.P. Grâce-Hollogne, 28 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 28, p. 1244 : dans sa décision, le juge de paix ne semble pas avoir vu un mur dans une clôture en plaques de béton séparant deux jardins et construite à cheval sur la limite des deux propriétés, les parties ayant, quoi qu'il en soit, choisi expressément de lui attribuer un caractère privatif ; Fr. DELOBBE, « Définitions, caractéristiques, champ d'application, mitoyenneté/haies/arbres/fossés », *op. cit.*, p. 61 ; I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 690 ; M. CHERUY, « Naissance et preuve de la mitoyenneté », *Rev. prat. imm.*, 2018, liv. 1, p. 8.

<sup>40</sup> Cass., 10 mars 1983, *R.G.E.N.*, 1984, n° 32014, obs.

<sup>41</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 252 ; Th. MINNE-DORSIMONT, *Traité de la mitoyenneté des murs, haies et fossés*, *Res. et jur. imm.*, 1990, n° 6 ; M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, n° 14 ; H. VANDENBERGHE et S. SNAET, *Beginselen van belgish privaatrecht*, *op. cit.*, n° 141.

<sup>42</sup> Bruxelles, 2<sup>e</sup> ch., 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, p. 1221 ; Civ. Anvers, 4 janvier 2011, *T.B.O.*, 2011, p. 223.

<sup>43</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 690.

<sup>44</sup> Civ. Liège (4<sup>e</sup> ch.), 8 mai 1905, *Pas.*, 1905, III, p. 189 : « que cette remarque (du procureur général Leclercq) donne le sens du mot *jardins* employé dans l'article 663 ; ce qu'on doit entendre par là, ce sont, non pas tous terrains quelconques, utilisés pour la culture des fleurs ou des légumes, mais seulement les terrains ainsi cultivés qui sont une dépendance de l'habitation de ceux qui les exploitent ».

<sup>45</sup> *Ibid.*

Cet article 663 de l'ancien Code civil prévoyait enfin des hauteurs minimales de 3,2 mètres dans les villes de plus de 50 000 habitants et de 2,6 mètres dans les cités moins peuplées.

12. La jurisprudence avait dégagé l'obligation d'entente préalable à la construction : le voisin ne pouvait être mis devant le fait accompli. Si le bâtisseur ne respectait pas cette obligation, il ne pouvait toutefois être condamné à démolir l'ouvrage, sous réserve des règles d'urbanisme<sup>46</sup>. En effet, à quoi bon solliciter la démolition en justice d'un ouvrage dont la construction pouvait être sollicitée, à frais communs, le lendemain de sa démolition ? La sanction résidait plutôt dans la privation, pour le bâtisseur, de l'indemnisation de la moitié des frais de construction<sup>47</sup>, et pouvait aussi inclure une condamnation à des dommages et intérêts sur la base de l'article 1382 du Code civil<sup>48</sup>.

L'ensemble de ces dispositions ne relevait pas de l'ordre public : les parties pouvaient librement y déroger<sup>49</sup>. En conséquence, un accord entre voisin en sens contraire ne devait pas être frappé de nullité<sup>50</sup>.

13. **Le nouveau texte.** Le nouvel article 3.106 du Code civil porte le titre de *Acquisition originaire forcée*.

Au regard de ce qui vient d'être exposé, la nouvelle disposition trouve donc un champ d'application plus large que l'article 663 de l'ancien Code :

- elle ne vise plus les villes et faubourgs et trouve donc à s'appliquer en tous lieux (ville ou campagne), pour autant qu'une des deux parcelles, au moins, soit bâtie ;
- cette notion de *bâtie* ne vise pas que les habitations ;
- la seule exclusion est celle de la préexistence d'une clôture privative, sous peine d'agir abusivement. Cette préexistence ouvre le droit, potentiellement, au rachat de mitoyenneté dont il sera question ci-après<sup>51</sup> ;
- elle ne concerne plus que l'érection du seul *mur*, mais de toute clôture telle que cette notion est entendue à l'article 3.103 du texte ;
- elle ne prévoit pas de hauteur minimale.

14. Cette disposition, en son troisième alinéa, prévoit enfin une porte de sortie pour le voisin qui n'aura aucun *besoin actuel* du *mur* à construire.

<sup>46</sup> Cass., 4 octobre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 90 ; voy. sur ce point, P.-P. RENSON, « Le point sur l'accession immobilière et la mitoyenneté », in *Chronique de jurisprudence en droit des biens* (P. LECOCQ dir.), CUP, vol. 104, Liège, Anthemis, 2008, pp. 153 à 242, spéc. n° 43.

<sup>47</sup> Cass., 5 novembre 1885, *Pas.*, 1885, I, p. 269.

<sup>48</sup> Bruxelles, 28 avril 1965, *R.J.L.*, 1965, p. 53.

<sup>49</sup> Cass., 8 janvier 1914, *Pas.*, 1914, I, p. 52 ; J.P. Grâce-Hollogne, 28 septembre 2004, *J.L.M.B.*, 2005, liv. 28, p. 1244 *contra* : J.P. Jumet, 17 avril 1996, *R.R.D.*, 1996, p. 428.

<sup>50</sup> P.-P. RENSON, « Le point sur l'accession immobilière et la mitoyenneté », *op. cit.*, pp. 182 et s.

<sup>51</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 196.

Soyons attentifs : le terme *mur* est utilisé à bon escient. Pour que cette disposition trouve à s'appliquer, il doit s'agir d'un véritable mur, et non d'une clôture, car l'article 3.106 dernier alinéa vise expressément un « mur pouvant servir d'appui à un ouvrage », ce que ne permet pas la simple clôture.

Si la preuve de ce *non-besoin actuel* est rapportée, le mur sera érigé aux frais du seul bâtisseur et restera sa propriété privative. Il pourra toutefois l'ériger à cheval sur la limite séparative des fonds et sans indemnité pour le voisin. Les auteurs ont voulu, « dans un objectif de proportionnalité et de fonctionnalité », ramener cette possibilité d'échapper à l'obligation d'érection à plus d'équilibre<sup>52</sup>.

Cette disposition trouvera à s'appliquer même si les fonds sont déjà séparés par une clôture, lorsque cette dernière ne permet pas de recevoir la destination souhaitée par le voisin bâtisseur<sup>53</sup>.

On l'a dit : le texte vise le besoin *actuel* : il se peut qu'à l'avenir, le voisin souhaite, à son tour, user du mur. Dans ce cas, le mur pourra devenir mitoyen par le biais de l'article 3.107 qui sera décrit ci-après (soit le rachat de mitoyenneté)<sup>54</sup>.

15. Nous noterons que ce nouveau régime ne relève pas non plus de l'ordre public et reste supplétif, à l'instar de l'ensemble du Livre 3, dans les limites fixées à l'article 3.1 du Code.

16. La nouvelle disposition ne dit mot de l'accord préalable à la construction de la clôture commune, ce qui est dommage. Nous pouvons supposer que la jurisprudence antérieure, n'étant pas démentie, doit être confirmée et sanctionnée pareillement.

## § 2. LA MITOYENNETÉ ACQUISE

### « Article 3.107

Tout propriétaire joignant une clôture peut la rendre mitoyenne, en tout ou partie, en payant au propriétaire de la clôture la moitié de sa valeur ou de la valeur de la partie de clôture qu'il souhaite rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol d'assise correspondant.

### Article 3.108

Celui qui commet une voie de fait ou une usurpation valant prise de possession d'une clôture privative et qui n'y met pas fin dans un délai raisonnable, peut être contraint d'en acquérir la mitoyenneté et de payer au propriétaire de la clôture la moitié de la valeur de la partie qu'il usurpe et la moitié de la valeur du sol d'assise correspondant.

<sup>52</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 197.

<sup>53</sup> *Idem*, p. 196.

<sup>54</sup> *Idem*, p. 197.

### Article 3.109

Pour l'application des articles 3.107 et 3.108, les valeurs s'apprécient au moment de l'acquisition de la mitoyenneté.

Dans le cas où un mur a été érigé privativement en application de l'article 3.106, alinéa 3, celui qui acquiert la mitoyenneté doit rembourser la moitié de la valeur du mur ou de la partie de mur acquis, sans que le montant versé ne puisse être inférieur, selon le cas, à la moitié du coût de construction du mur ou de la partie de mur acquise ».

**17. L'ancien régime : la vente forcée.** La mitoyenneté acquise est celle qui était organisée à l'article 661 du Code civil et qui permettait de rendre mitoyen un mur privatif. Plus précisément, dans son sens littéral, cette disposition autorisait le voisin bâtisseur à contraindre le propriétaire d'un mur privatif à le rendre mitoyen : il s'agissait de la vente forcée de mitoyenneté.

Cette disposition a été adoptée afin de permettre à un voisin d'ériger une construction en profitant du mur existant. Le mur, dont la cession de mitoyenneté est réclamée, peut être le mur porteur d'un bâtiment, mais ce peut également être le mur bordant un jardin ou une cour<sup>55</sup>.

Cette disposition était aussi susceptible d'abus, comme la Cour de cassation l'a énoncé dans un arrêt du 16 novembre 1961. Selon cet arrêt, celui qui érige un mur à faible distance de la limite de son fonds (entre 10 et 30 centimètres, en l'espèce) s'expose, sous peine d'abus de droit, au risque de devoir céder la mitoyenneté de ce mur, ainsi que du fonds qui le supporte, s'il ne justifie d'aucun intérêt à s'opposer à cette cession<sup>56</sup>.

**18. Création jurisprudentielle : l'achat forcé.** On peut se douter que, dans la pratique, le cas de figure organisé littéralement par l'article 661 du Code civil n'était pas courant, au contraire du cas inverse. En effet, il était plus courant de voir un bâtisseur venir prendre appui sur un mur privatif existant et refuser de rendre ce mur mitoyen en achetant la mitoyenneté du mur.

Nous savons que l'article 661 de l'ancien texte n'organisait pas, dans son sens strict, l'achat forcé. Nous savons aussi que la jurisprudence a pallié cette lacune, par le biais de nombreux arrêts de la Cour de cassation, suivis par des décisions de fond<sup>57</sup>, en autorisant, sur la base de cette même disposition, Primus à contraindre Secundus à lui acheter la mitoyenneté du mur usurpé<sup>58</sup>. Nous pouvons citer, à titre d'exemple, un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 2005 selon lequel « en vertu de l'article 661 du Code civil, le propriétaire d'un mur de séparation privatif

<sup>55</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 693.

<sup>56</sup> Cass., 16 novembre 1961, *Pas.*, 1962, I, p. 332.

<sup>57</sup> Civ. Bruxelles, 15 mars 2005, *R.W.*, 2005-2006, p. 1064 ; J.P. Ostende, 21 janvier 2004, *Res et jur. imm.*, 2006, p. 116 ; Civ. Gand, 26 janvier 2001, *T.G.R.*, 2001, p. 173 ; J.P. Wolvertem, 27 novembre 1997, *R.W.*, 1998-1999, 1185 ; Liège, 31 mai 2013, *J.L.M.B.*, 2016, vol. 2, p. 52.

<sup>58</sup> Cass., 2 juin 1977, *R.W.*, 1977-1978, 1611 ; *J.T.*, 1978, p. 100.

peut réclamer le prix de la mitoyenneté du mur à son voisin lorsque et dans la mesure où celui-ci l'utilise de manière telle qu'il en usurpe la copossession violant ainsi le droit de propriété exclusif de son voisin, et qu'il ne peut raisonnablement poursuivre cette utilisation sans avoir la volonté implicite de conserver la mitoyenneté du mur »<sup>59</sup>.

Deux conditions étaient donc requises pour pouvoir obtenir la cession forcée de mitoyenneté : il fallait tout d'abord *une usurpation ou voie de fait valant prise de possession*, soit un élément matériel ; il fallait ensuite *une intention d'acquérir* la mitoyenneté du mur par l'usurpateur. Les décisions de fond, en ce sens, sont légion<sup>60</sup>.

Quant à l'élément matériel, la jurisprudence de la Cour de cassation a toujours estimé que le simple avantage que le bâtisseur retirait des fonctions essentielles du mur existant ne suffisait pas à justifier un rachat de mitoyenneté<sup>61</sup>, au contraire de juridictions de fond plus sensibles à la thèse de l'ingénieur architecte Declercq<sup>62</sup>. Ainsi, à titre d'exemple, la protection thermique ou acoustique apportée par le mur originaire ne permet de justifier une action sur la base de cet article 661*inversé*<sup>63</sup>, de même que des mesures techniques visant à prévenir tous problèmes d'humidité<sup>64</sup>. Les techniques modernes de construction sont telles que les hypothèses dans lesquelles cette disposition trouvera à s'appliquer sont, à notre estime, de plus en plus rares.

<sup>59</sup> Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 4 mars 2005, R.G. n° C.03.0272.N ; *Pas.*, 2005, p. 534 ; R.A.B.G., 2006, p. 710 ; J.L.M.B., 2006, p. 564, obs. P.-P. RENSON, « Les clés de l'acquisition forcée de la mitoyenneté » ; *Rev. jur. imm.*, 2014, p. 159, note M. VAN RAEMDONCK et W. HERMANS, « Rechtspraak Hof van Cassatie inzake gemene muur vereist aanpassing aan energieprestatieregelgeving » ; Cass., 18 février 1983, *Pas.*, 1983, I, p. 692 ; Cass., 22 février 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 772 ; Cass., 23 octobre 1992, *Bull.*, 1993, p. 1194, n° 687 ; R.W. 1992-1993, p. 820 ; Cass., 2 septembre 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 681, n° 356 ; R.W., 1994-1995, p. 948 ; Cass., 28 juin 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1254, n° 408 ; R.W., 2003-2004, p. 456.

<sup>60</sup> Civ. Anvers, 24 septembre 2007, T.B.O., 2008, p. 157 ; Civ. Bruxelles, 15 mars 2005, R.W., 2005-2006, p. 1064 ; J.P. Ostende, 21 janvier 2004, *Res et jur. imm.*, 2006, p. 116 ; Civ. Gand, 26 janvier 2001, T.G.R., 2001, p. 173 ; J.P. Wolvertem, 27 novembre 1997, R.W., 1998-1999, 1185 ; Liège, 31 mai 2013, J.L.M.B., 2016, vol. 2, p. 52 ; J.P. Hal, 24 janvier 2007, R.G.D.C., 2009, p. 129 ; J.P. Saint-Nicolas, 13 octobre 2011, J.L.M.B., 2013, vol. 8, p. 509.

<sup>61</sup> Cass., 2 juin 1977, R.W., 1977-1978, 1611, J.T., 1978, p. 100 ; Cass., 4 décembre 2003, *Arr. Cass.*, 2003, 2247, J.J.P., 2004, p. 386 ; Cass., 4 mars 2005, *Arr. Cass.*, 2005, 534, J.L.M.B., 2006, 564, note P. RENSON, *Larcier Cass.*, 2005, p. 119 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 4 mars 2005, R.G. n° C.03.0272.N ; *Pas.*, 2005, p. 534 ; R.A.B.G., 2006, p. 710 ; J.L.M.B., 2006, p. 564, obs. P.-P. RENSON, « Les clés de l'acquisition forcée de la mitoyenneté » ; *Rev. jur. imm.*, 2014, p. 159, note M. VAN RAEMDONCK et W. HERMANS, « Rechtspraak Hof van Cassatie inzake gemene muur vereist aanpassing aan energieprestatieregelgeving ».

<sup>62</sup> H. DECLERCQ, *Mur mitoyen, mur à chagrin*, Bruxelles, la Charte, 1996, p. 31 ; Civ. Bruxelles, 21 juin 2002, J.J.P., 2003, p. 300 ; J.P. Eeklo, 6 avril 2000, T.G.R., 2000, p. 161 ; voy. aussi, même si les faits de l'affaire étaient pourtant constitutifs selon les annotateurs (J. HANSENNE, *Chron. not. Liège*, vol. XXXI, 30 mars 2000, p. 76 ; N. VANDEWEERD, « Questions choisies de droit des biens-La mitoyenneté », *Chronique des juges de paix et de police*, 2004, cahier 43, p. 54) d'une prise de possession matérielle ; J.P. Marchienne-au-Pont, 2 octobre 1998, J.L.M.B., 1999, p. 467 ; J.P. Charleroi, 7 juin 1999, J.L.M.B., 2000, p. 482.

<sup>63</sup> J.P. Halle, 24 janvier 2007, R.G.D.C., 2009, p. 129. Nous assumons la paternité de l'expression.

<sup>64</sup> J.P. Saint-Nicolas, 13 octobre 2011, J.L.M.B., 2013, liv. 8, p. 509.

Quant à l'élément intentionnel, pour ne citer qu'un extrait de nombreux arrêts de la Cour cassation, « il faut que la prise de possession revête un caractère tel qu'à défaut pour son auteur d'y mettre fin, la volonté de celui-ci d'acquérir la mitoyenneté du mur s'en déduise sans équivoque »<sup>65</sup>.

**19. Le nouveau texte.** Les nouveaux articles 3.107 et 3.108 portent les titres respectifs de *cession forcée de la mitoyenneté* et *d'acquisition forcée de la mitoyenneté*. Les deux hypothèses sont donc désormais explicitement envisagées.

**20. Cession forcée.** Par rapport au régime ancien, ici à nouveau, il s'agit de toute clôture, au sens de l'article 3.103, et non plus du seul mur.

La cession peut ne porter que sur une *partie* du mur existant, en profondeur, en hauteur mais non point en épaisseur, en incluant, toutefois toujours, la portion du mur jusqu'au sol d'assise du mur (et moitié de la valeur du sol d'assise)<sup>66</sup>.

Les auteurs ont voulu préciser que le sol d'assise ne trouvait évidemment pas à s'appliquer en cas de cession d'une clôture séparant la propriété de deux volumes en sursol. Les auteurs précisent aussi que le principe de l'abus reconnu par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 1961, rappelé *supra*, trouve toujours à s'appliquer, même si le texte légal n'y fait aucunement référence<sup>67</sup>.

Notons que l'usurpateur, qui souhaite rendre le mur mitoyen, pourra également se prévaloir de la prescription acquisitive sur la base du nouvel article 3.26 du Code civil (*cf. infra*).

**21. Acquisition forcée.** Il s'agit donc de la consécration légale de la vente forcée élaborée par la jurisprudence. Cette vente est applicable, à l'instar des autres dispositions, à toute clôture séparative quelconque.

Les auteurs écrivent qu'« à partir du moment où le voisin se plaint de cette usurpation et en exige l'enlèvement, il convient d'y mettre fin dans un délai raisonnable et qu'à défaut, il y a acquisition forcée de la mitoyenneté »<sup>68</sup>.

En exigeant « une voie de fait ou une usurpation valant prise de possession », la loi consacre implicitement que le simple fait de retirer un avantage des fonctions essentielles (portante, protectrice, isolante) d'un mur ne constitue pas une prise de possession justifiant l'acquisition forcée de la mitoyenneté<sup>69</sup>. Un contact physique est donc requis, mais pas suffisant. Ainsi, les techniques d'isolation utilisées entre deux bâtiments résultent davantage d'une obligation d'exécuter ses travaux dans les règles de l'art que de l'intention d'acquérir la mitoyenneté du

<sup>65</sup> Cass., 2 juin 1977, *R.C.J.B.*, 1978, p. 440 ; Cass., 22 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1212.

<sup>66</sup> *Idem*, p. 198.

<sup>67</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 199.

<sup>68</sup> *Idem*, p. 199.

<sup>69</sup> *Idem*, p. 199.

mur voisin<sup>70</sup>. Pour cette raison, nous estimons que les cas de figure s'en trouveront de plus en plus rares.

Pour se défendre d'une telle action, le voisin usurpateur pourra prétendre avoir prescrit la mitoyenneté de la clôture litigieuse, à charge pour lui de démontrer que les conditions de l'usucapion sont réunies (*cf. infra*).

**22. Opposabilité aux tiers.** Dans les deux cas (acquisition ou cession), il s'agit d'une véritable vente<sup>71</sup>, à transcrire, au risque d'être inopposable aux tiers de bonne foi<sup>72</sup>, comme le requérait la loi hypothécaire et désormais l'article 3.30, § 2, du nouveau Code.

**23. Indemnisation.** L'article 3.109 du Code précise, quant à lui, que lors d'une cession ou d'une acquisition forcée de mitoyenneté, les valeurs s'apprécient au moment de l'acquisition de la mitoyenneté.

Cette précision, quant au moment à prendre en compte, fait écho à la jurisprudence<sup>73</sup>. Le moment à prendre en compte est donc celui de l'acquisition, soit, à lire les auteurs du texte, « à la date de l'accord en cas de cession amiable, à la date de la citation en cas de cession forcée ou, sommé de mettre un terme à son usurpation, le propriétaire voisin s'y refuse »<sup>74</sup>.

Afin de fixer la valeur du mur empris, on prendra en considération le coût de l'édification sous déduction de la moins-value résultant de la vétusté, de l'état d'entretien et des vices, valeur pouvant être majorée des plus-values éventuelles comme celles provenant de l'érosion monétaire<sup>75</sup>.

**24. Indemnisation plancher.** Quant au second alinéa de cette disposition, il instaure un prix minimal dans une seule hypothèse, celle de l'article 3.106, alinéa 3, du nouveau Code civil. Pour rappel, il s'agit de la faculté d'échapper à l'érection d'un mur de soutènement, dans le cadre de la mitoyenneté originaire, pour le voisin qui démontre n'en avoir aucun besoin actuel. Ce dernier, si ses besoins venaient à changer, aura également la faculté de rendre ce mur mitoyen (ou d'être contraint d'en acquérir la mitoyenneté). Dans ce cas, il devra indemniser le bâtisseur, bien entendu, mais sera tenu par une limite minimale : cette indemnité ne pourra être inférieure à la moitié du coût de construction du mur ou de partie du mur. Le sol n'est donc pas visé par cette disposition.

<sup>70</sup> R. POPA, « Acquisition forcée de la mitoyenneté : prise de possession versus réalisation de travaux dans les règles de l'art », *J.L.M.B.*, 2016, pp. 55-60.

<sup>71</sup> Civ. Liège, 4 septembre 1986, *J.L.*, 1986, p. 560 ; Civ. Liège, 10 avril 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1096.

<sup>72</sup> Civ. Bruxelles, 8 mai 1968, *J.T.*, 1968, p. 396 ; J.P. Grâce-Hollogne, 22 février 1983, *J.L.*, 1983, p. 440 ; Civ. Liège, 6 janvier 1934, *B.J.*, 1934, col. 566.

<sup>73</sup> Cass., 4 mars 2005, *Larcier Cass.*, 2005, p. 119.

<sup>74</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, pp. 199-201 ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, n° 971 ; M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, n° 49.

<sup>75</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 261.

Pourquoi ce régime spécifique ? Le législateur a voulu prévenir les éventuelles manœuvres attentistes du voisin qui, sollicité sur la base de la mitoyenneté originaires, invoquerait la non-utilité actuelle du mur afin de se dispenser de contribuer à sa construction pour ensuite en acquérir la mitoyenneté à moindres frais. Quant au sol, il n'est pas visé dans ce cas de figure puisque le bâtisseur aura déjà pu, sans indemnité, construire sur la limite séparative des fonds<sup>76</sup>.

### § 3. LA PRESCRIPTION ACQUISITIVE

**25. Usucapion.** Il faut enfin rappeler que la mitoyenneté peut également s'acquérir par prescription<sup>77</sup>, pour autant que la possession soit paisible, publique, non équivoque et continue, à titre de copropriétaire mitoyen<sup>78</sup>.

Le délai trentenaire de droit commun, autrefois requis, est remplacé par un délai décennal, lorsque le possesseur est de bonne foi, et reste trentenaire pour le seul possesseur de mauvaise foi, selon le nouvel article 3.27 du Code. Le régime de prescription abrégée, moyennant bonne foi et juste titre, tel qu'il était organisé à l'article 2265 du Code civil, a été abrogé. Nous n'abordons pas davantage ces questions et renvoyons vers le chapitre à ce dédié.

La prescription pourra donc être invoquée comme moyen de défense par le voisin usurpateur assigné sur la base de l'article 3.108 du Code civil, pour soutenir que le mur est déjà devenu mitoyen par le biais de la prescription et, par là, éviter toute indemnité.

La prescription pourra aussi, et c'est nouveau, être invoquée à l'appui d'une action intentée par l'usurpateur sur la base de l'article 3.36, alinéa 2. À la différence de l'action qu'intenterait un usurpateur sur la base de l'article 3.107 du Code civil (action en cession forcée de mitoyenneté), l'action fondée sur la prescription, si elle aboutit, n'entraînera évidemment la débetion d'aucune indemnité par l'usurpateur.

## SECTION 5. LES DROITS DES COPROPRIÉTAIRES MITOYENS

### § 1. LEUR PART DANS LA CLÔTURE

« Article 3.104

Toute clôture mitoyenne est présumée appartenir pour moitié en copropriété à chacun des deux propriétaires, sauf preuve contraire ».

<sup>76</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 201.

<sup>77</sup> Cass., 28 avril 2006, *Res et jur. imm.*, 2006, p. 130.

<sup>78</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 257.

26. L'ampleur des quotes-parts de chaque copropriétaire mitoyen est organisée à l'article 3.104 du texte. Cette disposition énonce que la clôture est présumée appartenir pour moitié en copropriété à chacun des deux copropriétaires, sauf preuve contraire.

Cette disposition renvoie au droit commun de la copropriété selon laquelle chaque part indivise est présumée égale (art. 3.69). Cette présomption trouve à s'appliquer aux copropriétés fortuite et volontaire (art. 3.76), et non pas, en règle, à la copropriété forcée. En effet, s'agissant de cette dernière, les quotes-parts de droit sont fonction de la valeur de la partie privative. On retrouve cette règle, s'agissant de la copropriété des immeubles bâtis, à l'article 3.80 du Code.

Ce principe, cela étant dit, n'est pas différent de ce qui était régi auparavant.

## § 2. LES PRÉROGATIVES ORDINAIRES

« Article 3.110

Chacun utilise et jouit de la clôture mitoyenne conformément à sa destination et sans porter atteinte aux droits de l'autre. Il peut faire seul tous actes conservatoires ou d'administration provisoire.

Dans les relations entre copropriétaires, les autres actes d'administration et les actes de disposition de la clôture exigent le consentement des deux, sauf si le juge estime qu'un refus constituerait un abus de droit. Toutefois, relativement aux actes d'usage et de jouissance, les copropriétaires peuvent agir entre eux comme s'ils étaient seuls propriétaires de la face de la clôture qui regarde leur fonds, s'ils agissent en respectant la destination de la clôture et sans porter atteinte aux droits de l'autre ».

27. L'article 3.110 consacre les « prérogatives ordinaires sur la clôture mitoyenne ». Il s'agit des droits ordinaires que chaque voisin peut exercer sur le bien, à l'opposé des prérogatives spéciales consacrées à l'article suivant.

28. **User et jouir.** Le premier paragraphe de cette disposition consacre le droit d'user et de jouir de la clôture conformément à sa destination et sans porter atteinte aux droits de l'autre<sup>79</sup>. Le copropriétaire mitoyen peut, seul, accomplir les actes conservatoires ou d'administration provisoire. Il s'agit d'une réécriture de l'article 577-2, § 5, de l'ancien Code civil pour lequel nous rappellerons, brièvement, que les actes conservatoires sont ceux qui ont pour objectif la conservation de la chose ou des droits et d'empêcher la survenance d'un dommage ou de le limiter tandis que les actes d'administration provisoire impliquent une nécessité

<sup>79</sup> Bruxelles, 2 juin 1988, *J.L.M.B.*, 1988, p. 1408.

d'agir, sans attendre l'accord du copropriétaire mitoyen. Ces actes peuvent être tant matériels que juridiques<sup>80</sup>.

**29. Disposer.** Le second paragraphe de cette disposition organise les actes que le copropriétaire mitoyen ne peut accomplir sans le consentement de l'autre : il s'agit des *autres* actes d'administration et de disposition, soit le pendant du § 6 de l'article 577-2 de l'ancien Code civil<sup>81</sup>. Cette disposition prévoit également que le refus de l'un des copropriétaires mitoyens peut être jugé abusif par le juge<sup>82</sup>.

Ce second paragraphe consacre *in fine* la jurisprudence de la Cour de cassation relative au droit d'usage et de jouissance de son côté du mur mitoyen. Par un arrêt du 3 février 1944, la Cour avait estimé que chacun des copropriétaires mitoyens peut agir comme s'il était seul propriétaire de la moitié du mur en face de son héritage, ce pouvoir ne trouvant de limite que dans l'obligation de respecter la destination du mur et de ne préjudicier de quelque autre manière aux droits de son voisin<sup>83</sup>. En conséquence, chacun peut disposer des panneaux publicitaires, voire y planter des clous<sup>84</sup>. Cette faculté se retrouve légalement consacrée, sous la seule différence des termes utilisés puisqu'il ne s'agit plus du *mur* mais de la *clôture*.

S'agissant de ce second paragraphe, soulignons que les règles qu'il édicte ne valent qu'entre copropriétaires. Il faut en déduire, à notre estime, que seul l'un d'eux peut se prévaloir de leur non-respect, et non les tiers à l'indivision, ce qui est également conforme à la jurisprudence de la Cour de cassation. À titre d'exemple, celle-ci avait considéré, dans un arrêt du 28 juin 2013<sup>85</sup>, que la conclusion d'une

<sup>80</sup> L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *Rev. prat. imm.*, 2011, liv. 3, p. 82.

<sup>81</sup> « Ne sont valables que moyennant le concours de tous les copropriétaires les autres actes d'administration et les actes de disposition. Néanmoins, l'un des copropriétaires peut contraindre les autres à participer aux actes d'administration reconnus nécessaires par le juge ».

<sup>82</sup> S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du Livre 3 "Les biens" dans le Code civil », in B. HAVET (dir.), *Actualités et aspects pratiques du droit immobilier (Droit des biens, Code de droit économique, droit du bail, assurance à la loi décennale)*, Coll. de la Conférence de Jeune Barreau du Brabant wallon, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 60 ; Cass., 28 juin 2013, *Pas.*, 2013, liv. 6-8, p. 1509 ; *R.G.D.C.*, 2014, liv. 8, p. 405, note J. KOELENBERG.

<sup>83</sup> Cass., 3 février 1944, *Pas.*, 1944, I, p. 180.

<sup>84</sup> I. DURANT, *Droit des biens, op. cit.*, p. 697 ; Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 202 ; J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, n° 974 ; J.P. Westerlo, 27 novembre 1998, *R.W.*, 2001-2002, p. 134 ; L. COENJAERTS, « La mitoyenneté », in *Droits réels. Chronique de jurisprudence 1998-2005*, Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 63, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 180.

<sup>85</sup> Cass., 28 juin 2013, *R.G.D.C.*, 2014, p. 405 ; S. BOUFFLETTE et E. JADOU, « Relations de voisinage : illustrations jurisprudentielles récentes en matière de troubles de voisinage et de mitoyenneté », in P. LECOCQ (dir.), *Questions pratiques de (co)propriété, de possession et de voisinage*, CUP, vol. 179, Liège, Anthemis, 2018, pp. 101 et 102 ; Cass., 14 février 2014, *R.W.*, 2015-2016, liv. 13, p. 504 ; Cass., 23 mai 2014, *T.B.O.*, 2015, liv. 1, p. 39 ; *R.G.D.C.*, 2016, liv. 3, p. 159, commentés par V. DEFRAITEUR, « VII. Copropriété », in J.-Fr. ROMAIN (dir.), *Droits réels. Chronique de jurisprudence 2006-2015*, Les Dossiers du Journal des tribunaux, n° 103,

convention de location de la propriété indivise n'est, en principe, ni un acte conservatoire, ni un acte d'administration provisoire au sens de l'article 577-2, § 5, du Code civil de sorte que, en principe, la collaboration de tous les copropriétaires est requise. Toutefois, la violation de cette règle de l'unanimité n'est pas sanctionnée par la non-validité de la convention mais par son inopposabilité aux autres copropriétaires. Le preneur reste donc tenu par la convention signée par un des copropriétaires mitoyens, fut-ce en violation de cette règle.

De même, la conséquence en est que « chaque copropriétaire est recevable à solliciter auprès d'un tiers la réparation du dommage affectant sa part, voire à réclamer l'exécution en nature de travaux affectant l'intégralité de la chose commune, compte tenu du caractère indivisible de l'objet d'une telle demande. Toutefois, dans le cadre d'une indemnisation par équivalent, le copropriétaire a l'obligation de limiter sa demande en proportion de la part dont il est titulaire »<sup>86</sup>.

### § 3. LES PRÉROGATIVES SPÉCIALES

« Article 3.111

Chaque copropriétaire peut faire bâtir contre un mur mitoyen et y placer tout ouvrage ou plantation jusqu'à la moitié de son épaisseur, moyennant l'accord préalable du copropriétaire voisin ou, en cas de refus, après avoir fait régler par jugement les modalités nécessaires pour que cela ne nuise pas aux droits de l'autre.

Tout copropriétaire peut faire exhausser le mur mitoyen, à charge de supporter les dépenses liées à l'exhaussement et, le cas échéant, une indemnité pour la charge en résultant.

Dans le cas où le mur préexistant est de solidité normale mais n'est pas en état de supporter l'exhaussement, celui qui veut l'exhausser doit le faire reconstruire en entier, à ses frais, et l'excédent d'épaisseur éventuel doit se prendre de son côté. Dans le cas contraire, l'article 3.106 est d'application.

La partie du mur exhaussée appartient à celui qui l'a réalisée. Il en supporte les frais d'entretien, de réparation et de reconstruction. La mitoyenneté de cet exhaussement ou de partie de celui-ci peut s'acquérir conformément aux articles 3.107 et 3.108, moyennant le remboursement de la moitié de la valeur de l'exhaussement ou de partie de celui-ci, sans que le montant versé ne puisse être inférieur à la moitié du coût de construction de la portion à acquérir ».

---

Bruxelles, Larcier, 2017, p. 183, n° 184 ; J. KOKELENBERG, « De verhuring van een (mogelijk) gemene muur in publiciteit : één krijgen, twee betalen », *R.G.D.C.*, 2014, liv. 8, pp. 363-376 ; S. BOUFFLETTE et E. JADOUL, « Relations de voisinage : illustrations jurisprudentielles récentes en matière de troubles de voisinage et de mitoyenneté », *op. cit.*, p. 103.

<sup>86</sup> Comm. Mons, 24 juin 1999, somm., *J.L.M.B.* 00/43, commenté par B. LOUVEAUX, « Inédits de droit de la construction », *J.L.M.B.*, 2001, pp. 302 et 303, le tribunal ajoutant toutefois que dans le cadre d'une réparation par équivalent, et non plus en nature, le copropriétaire est tenu de limiter sa demande en proportion de sa part, en l'espèce cinquante pour cent.

30. L'article 3.111 du Livre 3 consacre les « prérogatives spéciales sur le mur mitoyen », alors que nous aurons noté que les prérogatives ordinaires exposées ci-avant portent sur *la clôture mitoyenne*.

Cette sémantique se justifie par le fait que ces droits spéciaux, comme ils étaient auparavant dénommés, autorisent chaque copropriétaire mitoyen à *bâtir*, ce qui implique l'existence d'un mur, et non d'une simple clôture.

Il s'agissait, dans l'ancien Code, des droits d'appui, d'enfoncement et d'exhaussement consacrés aux articles 657 à 659 du Code civil.

31. **Appui et enfoncement.** Le droit d'appui et d'enfoncement est conservé à l'article 3.111, alinéa 1<sup>er</sup>, mais désormais limité à la moitié de l'épaisseur du mur, alors que la formule ancienne autorisait de prendre appui sur toute l'épaisseur du mur, à cinquante-quatre millimètres près, sauf le droit pour le voisin de faire réduire à l'épaisseur du mur s'il veut enfoncer un élément au même endroit. Le consentement du voisin est explicitement requis et il doit être préalable. À défaut d'être obtenu, les modalités nécessaires pour que cela ne nuise pas aux droits de l'autre doivent être réglées par jugement.

Cette obligation du préalable découlait, auparavant, de l'article 662 du Code civil. Cette disposition ne visait pas les enfoncements et encastresments superficiels<sup>87</sup>, on suppose que tel est toujours le cas aujourd'hui, ce que le bon sens commande.

32. **Exhaussement.** Le droit d'exhaussement est consacré à l'alinéa 2 de cet article 3.111. Comme auparavant, seul le bâtisseur doit supporter les dépenses liées à l'exhaussement et, le cas échéant, il sera débiteur d'une indemnité pour la charge en résultant. Il est également prévu que si le mur originaire, qui présente une solidité normale, n'est pas apte à supporter la construction envisagée, ce mur devra être reconstruit en entier et aux frais du bâtisseur et que l'excédent d'épaisseur éventuel doit se prendre du côté de ce dernier. Il s'agit d'une reproduction du régime organisé par les articles 658 et 659 de l'ancien Code civil, à une exception près : il faut que le mur de départ présente une solidité normale.

Si tel n'est pas le cas, (et, en cela, c'est nouveau), le copropriétaire qui souhaite l'exhaussement pourra contraindre son voisin à la reconstruction d'un mur qui présente cette qualité, à frais commun, sur la base de l'article 3.106, dernier alinéa (mitoyenneté originaire), et aux conditions de cet article exposées *supra* (pour des fonds dont l'un au moins est bâti, pour soutenir des constructions, à cheval sur la limite et à frais communs, à condition, enfin, que le voisin ne démontre pas qu'il n'en a aucun besoin, ni aucun usage actuel<sup>88</sup>). Le mur sera alors mitoyen dans son

<sup>87</sup> J.P. Liège (3<sup>e</sup> canton), 12 octobre 2005, inédit, cité par S. BOUFFLETTE, « Les biens. Chapitre 5. Mitoyenneté », in *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 43, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 72, n° 52.

<sup>88</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 205.

intégralité. Si le voisin échappe à cette obligation, le mur érigé sera privatif dans son intégralité.

Notons aussi en matière d'exhaussement que cette disposition n'exige pas explicitement l'accord préalable du voisin, à l'instar de l'ancien Code, ce que nous devons d'ailleurs regretter. Il était toutefois admis que si l'accord du voisin n'était pas requis, l'exercice de ces droits ne pouvait se faire à *son insu et sans entente préalable* sur les précautions à prendre afin de sauvegarder ses droits<sup>89</sup>. Le non-respect du prescrit de l'article 662 de l'ancien Code civil n'entraînait pas nécessairement la destruction des ouvrages réalisés, le juge du fond appréciant souverainement la réparation qu'il y a lieu d'accorder au voisin.

Enfin, le dernier alinéa de cet article 3.111 organise la propriété de la partie exhaussée du mur : celle-ci reste la propriété du seul bâtisseur lequel devra, seul, en supporter les frais d'entretien, de réparation et de construction<sup>90</sup>. L'exhaussement sera donc privatif et susceptible de devenir mitoyen par le biais de l'acquisition ou de la cession forcée de mitoyenneté organisées aux articles 3.107 et 3.108 du nouveau Code.

L'article 3.111 prévoit enfin une indemnité plancher, à l'instar de l'article 3.109, alinéa 2, du Code commenté *supra*. Le montant versé ne peut être inférieur à la moitié du coût de construction de la portion à acquérir. Cette exigence s'explique pour les mêmes raisons : il s'agit d'empêcher le calcul du voisin qui, bien qu'ayant intérêt à l'exhaussement du mur, laisserait néanmoins l'autre prendre l'initiative de réaliser celui-ci, pour ensuite aussitôt en réclamer l'acquisition<sup>91</sup>.

**33. Approfondissement ?** Alors que le concept générique de la clôture vise aussi à délimiter la propriété de deux volumes, en ce compris en sous-sol, le législateur n'a pas jugé utile de créer une nouvelle prérogative spéciale, étant le droit d'approfondissement de la limite mitoyenne, si un des voisins entend agrandir ou exploiter sa propriété en sous-sol.

Selon l'ancien article 553 du Code civil, dont on retrouve le pendant à l'article 3.64, les constructions qui sont réalisées en sous-sol appartiennent à leur propriétaire, à défaut de dispositions spécifiques. Mais qu'en sera-t-il de l'extension, en profondeur, de la limite mitoyenne ?

Corinne Mostin s'est penchée sur cette question pour estimer que « si le mur dont les fondations sont approfondies est mitoyen, celles-ci sont présumées mitoyennes, si le contraire n'est pas prouvé. Celui qui veut éviter que les nouvelles fondations qu'il a réalisées à ses frais sous le mitoyen ne soient présumées mitoyennes, doit veiller à établir avec le voisin une convention destinée à déter-

<sup>89</sup> P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 265.

<sup>90</sup> V. DE WOLF, « L'exhaussement du mur mitoyen. État de la question », *R.G.D.C.*, 1995, pp. 467 et s.

<sup>91</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 205.

miner les droits respectifs »<sup>92</sup>. Jean-Pierre Vergauwe partage au contraire l'idée qu'il conviendrait de résoudre la situation de la même manière que l'exhaussement, soit en considérant que « la partie construite en sous-sol, aux frais du voisin, demeure sa propriété et que l'autre voisin peut en acquérir la mitoyenneté. Le droit du constructeur n'est pas discrétionnaire et il y aura application de l'article 662 du Code civil »<sup>93</sup>.

Dès lors que cette prérogative spéciale n'a pas été explicitement organisée dans le nouveau Code civil, il nous paraît que la piste évoquée par Corinne Mostin, conforme au droit commun de l'accession, doit être suivie.

**34. Les jours et les vues.** L'article 675 de l'ancien Code civil prescrivait qu'aucune fenêtre ou ouverture ne pouvait être pratiquée, sans le consentement de l'autre, dans un mur mitoyen, de quelque manière que ce soit, même à verre dormant.

Il en résultait que celui qui avait acquis la mitoyenneté du mur, par exemple à la suite d'une acquisition ou d'une vente forcées, pouvait exiger la suppression de tous les ouvrages qui se révélaient incompatibles avec la copropriété, en raison de l'égalité parfaite que la mitoyenneté établit en principe entre les voisins quant à l'usage de la chose commune<sup>94</sup>. Dans l'hypothèse de fenêtres ou d'ouvertures déjà présentes, même depuis plus de trente ans, dans un mur à l'origine privatif, devenu ensuite mitoyen, il était acquis que le voisin conserve également le droit d'en exiger la suppression<sup>95</sup>, à moins qu'il existât une servitude du fait de l'homme que le voisin devait alors tolérer<sup>96</sup>.

Cette interdiction de pratiquer des vues dans le mur mitoyen persiste, mais dans le Sous-titre consacré aux servitudes, et plus particulièrement à la Section des servitudes légales consacrées aux distances. Il peut lire, à l'article 3.132, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, du nouveau Code civil, qu'« un propriétaire ne peut placer de fenêtres, d'ouvertures de mur, de balcons, de terrasses ou d'ouvrages semblables dans ou sur un mur mitoyen ». Les vues ne sont donc toujours pas autorisées dans les murs mitoyens. Quant aux jours, le nouveau texte n'en dit mot, ce qui suscite, à notre estime, de nombreuses questions que nous n'avons pas à aborder dans le présent chapitre.

<sup>92</sup> C. MOSTIN, « Actualités juridiques sur la mitoyenneté », colloque consacré à la mitoyenneté par la Chambre de Conciliation et d'Arbitrage en matière immobilière et de la Société Royale des Géomètres et Experts immobiliers, 29 janvier 2004, pp. 10-13.

<sup>93</sup> J.-P. VERGAUWE et S. LEONARD, « Chapitre 3. La mitoyenneté », in *Les relations de voisinage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 57.

<sup>94</sup> L. COENJAERTS, « Aux confins des relations de voisinage, la mitoyenneté », *Liber amicorum Patrick Henry*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 225 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, éd. 1941, p. 1088, n° 1233 ; M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, pp. 63 et 64, n° 63.

<sup>95</sup> J.P. WESTERLO, 27 novembre 1998, *R.W.*, 2001-2002, liv. 4, p. 134, qui cite entre autres Cass., 21 décembre 1939, *R.C.J.B.*, 1948, p. 149, note M. GEVERS.

<sup>96</sup> J.P. ETTERBEEK, 31 mars 2006, *J.J.P.*, 2008, liv. 1-2, p. 81.

En toute hypothèse, cette interdiction reste supplétive, les voisins peuvent y déroger<sup>97</sup>.

#### § 4. POUR LE SURPLUS

35. **Le droit commun.** Pour le surplus, il convient de se référer au droit commun de la copropriété. À titre d'exemple, le juge de paix de Liège a estimé que la démolition du mur commun par l'un des copropriétaires n'était pas visée aux articles 657 à 659 de l'ancien Code civil, mais engageait la responsabilité du voisin destructeur sur la base de l'article 577-2, § 10, de l'ancien Code civil<sup>98</sup>. Il en a déduit que la modification du mur n'avait pas entraîné de changement dans la destination, mais avait porté atteinte aux droits de l'autre copropriétaire. Le voisin auteur de la destruction partielle fut donc condamné à reconstruire le mur à ses frais exclusifs<sup>99</sup>.

### SECTION 6. LES OBLIGATIONS DES COPROPRIÉTAIRES MITOYENS ET LE DÉGUERPISSEMENT

« Article 3.112

Les réparations d'entretien et les grosses réparations au sens des articles 3.153 et 3.154, ainsi que la reconstruction d'une clôture mitoyenne sont à la charge des copropriétaires, chacun en proportion de ses droits, sauf si celles-ci sont causées exclusivement par l'un d'entre eux.

Sauf si un copropriétaire continue à utiliser effectivement la clôture mitoyenne ou a causé les dégradations, celui-ci peut se dispenser de contribuer aux grosses réparations ou à la reconstruction en abandonnant son droit de mitoyenneté à l'autre copropriétaire, et ce nonobstant l'article 3.17, alinéa 2. Ce dernier peut, s'il préfère, exiger la destruction à frais communs de la clôture ».

36. Les copropriétaires mitoyens sont également astreints à certaines obligations, appelées charges ordinaires et spéciales.

37. **Les charges ordinaires et spéciales.** L'article 3.112, alinéa premier, consacre les obligations des copropriétaires. Les charges de la clôture mitoyenne incombent à chaque copropriétaire, qu'il s'agisse des réparations d'entretien (charges ordinaires), des grosses réparations ou encore de la reconstruction de la clôture

<sup>97</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 246.

<sup>98</sup> Dans le cas prévu au paragraphe 9, il est loisible à chacun des copropriétaires de modifier à ses frais la chose commune, pourvu qu'il n'en change pas la destination et qu'il ne nuise pas aux droits de ses consorts.

<sup>99</sup> Cité dans P. LECOQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, op. cit., p. 265.

(charges spéciales), en proportion de ses droits. Il ne s'agit jamais là que de l'application du droit commun de la copropriété, visé à l'article 3.74 du Code (ancien art. 577-2, § 7, C. civ.). Dès lors que les parts sont présumées égales en matière de mitoyenneté, comme l'énonce l'article 3.104. Il s'agira donc, en principe, d'une répartition pour moitié, indépendamment de la valeur du fonds de chaque voisin.

Le principe de la répartition par moitié des charges connaît cependant deux exceptions.

**38. Le fait exclusif de l'un d'eux.** Tout d'abord, le copropriétaire peut soutenir que ces charges, qu'elles soient ordinaires ou spéciales, ont été causées exclusivement par l'un d'entre eux. Les frais d'entretien, de réparation et de reconstruction seront, dans ce cas, à la charge de celui par le fait duquel ils ont été rendus nécessaires. Cette exception pourra se fonder tant sur la responsabilité extracontractuelle<sup>100</sup> que sur les troubles de voisinage<sup>101</sup>, ce pourquoi les développements consacrent le terme *fait* et non pas le terme *faute*.

Citons, à titre d'exemple de troubles de voisinage, l'humidité excessive d'un mur mitoyen à la suite d'infiltrations d'eau en provenance d'un des deux fonds mitoyens<sup>102</sup> ou encore la présence massive d'un arbre planté depuis plus de trente ans à proximité du mur mitoyen, mettant en péril la stabilité du mur. La responsabilité du propriétaire de l'arbre ne pouvait plus être engagée sur la base de l'article 35 du Code rural, en raison de la prescription extinctive, mais demeurait engagée sur la base de la théorie des troubles de voisinage<sup>103</sup>.

**39. Le déguerpissement.** Ensuite, l'alinéa 2 de cet article 3.112 conserve la faculté d'abandon propre à la mitoyenneté qui était consacré à l'article 656 de l'ancien Code<sup>104</sup>, désormais dénommé *déguerpissement*, et dont l'exercice se voit rééquilibré.

Ainsi, le copropriétaire, pour autant qu'il ne soit pas à l'origine des travaux à effectuer sur le bien, et qu'il ne continue pas à utiliser effectivement la clôture mitoyenne, pourra se dispenser de contribuer aux grosses réparations ou à la reconstruction en abandonnant son droit de mitoyenneté à l'autre copropriétaire. Cet abandon implique sa part dans la clôture et dans le sol d'assise<sup>105</sup>.

Notons trois éléments :

- l'ancien texte de l'article 656 du Code civil exigeait que le mur à délaisser ne soutienne pas un bâtiment qui appartient à celui qui veut s'en défaire. Cette

<sup>100</sup> Cass., 12 octobre 1978, *R.W.*, 1978-1979, 2197 ; *Pas.*, 1978, I, p. 196 ; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, *op. cit.*, p. 315, n° 690 ; J.P. Grâce-Hollogne, 16 octobre 2007, *J.L.M.B.*, 2009, p. 1274.

<sup>101</sup> Cass., 17 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1997, p. 274 ; C. MOSTIN, « Quand mitoyenneté et troubles de voisinage s'emmêlent », *R.G.D.C.*, 2006, p. 428.

<sup>102</sup> Bruxelles, 5 mars 2004, *R.J.I.*, 2004, p. 131.

<sup>103</sup> Civ. Eupen, 28 novembre 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1331 (l'arbre était situé à 1,37 mètre).

<sup>104</sup> J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, n° 979.

<sup>105</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 207.

- formule est remplacée par celle, qui peut être entendue plus largement, de « continuer à utiliser effectivement » ;
- le déguerpissement ne libère que des charges spéciales (soit les grosses réparations ou la reconstruction) et non des charges ordinaires (du reste, comme auparavant) : le voisin reste tenu par les réparations d'entretien et de conservation de la chose, corrélatives à la jouissance du bien<sup>106</sup>.
  - ce déguerpissement dispense des charges spéciales existantes et des charges futures<sup>107</sup>.

S'agissant d'une renonciation, cet acte d'abandon doit être transcrit dans le registre *ad hoc* de ce que l'on appelait auparavant la conservation des hypothèques, afin d'être rendu opposable aux tiers de bonne foi<sup>108</sup>. Cette transcription, exigée par la loi hypothécaire, gît à présent à l'article 3.30, § 2, du nouveau Code. L'abandon demeure toutefois valable entre parties sans cette formalité, même s'il est implicite, pour autant qu'il soit certain<sup>109</sup>.

40. Le texte innove ensuite en autorisant l'autre voisin à refuser cet abandon et à exiger la destruction à frais communs de la clôture. Dans ce cas, les fonds ne seront plus clôturés.

En instituant ce régime, les auteurs ont voulu instaurer une « règle équilibrée » : « il s'agit d'une solution médiane qui permet de préserver l'intérêt de chaque propriétaire, et ce d'autant que la démolition à frais communs sera toujours moins onéreuse que la reconstruction. Comme tout droit, il est éventuellement susceptible d'abus, qui sera sanctionné par le juge eu égard aux circonstances de l'espèce »<sup>110</sup>.

Un parallèle peut être effectué avec le régime de déguerpissement prévu en matière de servitude à l'article 3.122 du Code civil. Ce mécanisme était également dénommé auparavant *faculté d'offre* et se voit aussi rééquilibré puisqu'il permet au fonds dominant de refuser cet abandon, ce qui impliquera l'extinction de la servitude.

41. **L'abandon anticipatif.** La question s'est posée de savoir si un copropriétaire pouvait abandonner ses droits, par une sorte d'abandon anticipatif, dans un mur à construire sur la base de l'article 663 de l'ancien Code civil (mitoyenneté originnaire). Cette disposition n'étant pas d'ordre public et instituant une présomption

<sup>106</sup> L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *op. cit.*, pp. 90 et 91.

<sup>107</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 207 ; J.P. Fexhe-Slins, 8 mai 2001, *J.J.P.*, 2002 : « L'abandon permet non seulement d'échapper aux charges futures du mur, mais aussi aux charges de réparation ou de reconstruction existantes ».

<sup>108</sup> I. DURANT, *Droit des biens*, *op. cit.*, p. 699 ; M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, p. 77, n° 87.

<sup>109</sup> J.P. Fexhe-Slins, 8 mai 2001, *J.J.P.*, 2002, p. 202.

<sup>110</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 208.

d'utilité commune du mur à construire, présomption toutefois réfragable, certains auteurs soutenaient cette thèse et ont été rejoints par la Cour de cassation<sup>111</sup>.

Le nouveau texte n'autorise que partiellement cet abandon anticipatif puisque, comme nous l'avons vu, l'article 3.106 de nouveau Code civil autorise Secundus à refuser le caractère mitoyen d'un mur que Primus souhaite bâtir en vue d'y adosser des constructions. Dans l'exercice de cette prérogative, les auteurs ont aussi voulu instaurer un équilibre : « il est imposé que l'on démontre que l'on n'en a aucun besoin actuel et que l'on en fera aucun usage et si l'on peut, dans ces conditions, ne pas participer à l'érection du mur, c'est contre, en compensation, une assise du mur, certes privatif, prise à cheval sur la limite séparative »<sup>112</sup>. Par contre, cette possibilité d'abandon anticipatif n'est pas offerte pour la construction d'une *simple* clôture mitoyenne.

## SECTION 7. LE PARTAGE

### « Article 3.113

La clôture mitoyenne n'est sujette à partage qu'avec l'accord de tous les copropriétaires, sauf si elle a perdu toute utilité, même future ou potentielle, par rapport aux biens dont elle est un accessoire ».

42. L'ancien Code civil rangeait la mitoyenneté dans les servitudes légales, qualification qui était discutée en doctrine<sup>113</sup>. Désormais, comme déjà exposée *supra*, cette notion est bel et bien qualifiée de copropriété forcée à titre accessoire, avec pour conséquence que le partage unilatéral est en principe exclu<sup>114</sup>.

L'article 3.113 du texte offre tout de même la possibilité d'un partage unilatéral pour autant que la clôture ait perdu toute utilité, « même future et potentielle ». Il s'agit de la reproduction de l'article 3.83 du Code civil qui autorise, exactement dans les mêmes termes et sous les mêmes exceptions, le partage en matière de copropriété forcée.

Les auteurs ont voulu prévoir ici « une porte de sortie, édictée de façon générale pour tous les droits réels, avec un peu plus d'exigence même qu'en matière de servitude : on ne peut exiger le partage que si l'on démontre que la clôture mitoyenne a perdu toute utilité, tant future que potentielle, pour les deux fonds qu'elle sépare »<sup>115</sup>. On le voit, cette possibilité est exceptionnelle, encore plus

<sup>111</sup> J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 963 et 980 ; M. HANOTIAU, « L'abandon anticipé de la mitoyenneté d'un mur dans les villes et faubourgs », *Rev. not. belge*, 1977, p. 518 ; Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 8 février 1968, *Pas.*, 1968, I, p. 704, précédé des concl. du proc. gén. HAYOIT DE TERMICOURT.

<sup>112</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n<sup>o</sup> 54-K3623/001, p. 197.

<sup>113</sup> Cf. *supra*.

<sup>114</sup> S. BOUFFLETTE, « Analyse synthétique et descriptive du projet de loi portant insertion du Livre 3 "Les biens" dans le Code civil », *op. cit.*, p. 58.

<sup>115</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n<sup>o</sup> 54-K3623/001, p. 208.

exceptionnelle que la suppression judiciaire d'une servitude pour toute perte de toute utilité, même future (et non plus potentielle, comme les tribunaux l'exigeaient), prévue à l'article 3.128 du Code civil<sup>116</sup>.

Enfin, le partage de commun accord est aussi admis par cette disposition laconique.

## SECTION 8. LA CLAUSE DE RÉSERVE DE MITOYENNETÉ

43. Il nous reste à dire un mot au sujet des clauses de réserve de mitoyenneté.

44. **Notion.** Pour rappel, par ce type de clause, assez courante dans la pratique, un entrepreneur (constructeur, promoteur immobilier ou vendeur), qui n'est pas propriétaire, se réserve dans le cadre de l'exécution d'un contrat de vente ou d'entreprise, la mitoyenneté des murs, généralement latéraux, susceptibles de présenter, pour le propriétaire voisin, une utilité dans ses projets de constructions<sup>117</sup>. En substance, le maître d'ouvrage ou l'acheteur cédera au constructeur ou au promoteur sa créance future du prix de la mitoyenneté en cas de construction appuyée sur ce mur par un voisin<sup>118</sup>. La clause de réserve de mitoyenneté poursuit un objectif financier puisqu'en règle, l'entrepreneur, le promoteur ou vendeur défalquera du prix à payer par le maître d'ouvrage ou l'acheteur, celui de la mitoyenneté qu'il se réserve et réalisera, de son côté, en principe une plus-value lorsqu'il veillera au rachat de la mitoyenneté par le voisin qui exprimera son intention de construire et d'utiliser le mur de séparation<sup>119</sup>. Le promoteur pourrait aussi rechercher un autre intérêt, à savoir celui d'avoir la faculté, dans l'hypothèse où il deviendrait propriétaire du fonds voisin, de faire usage des murs séparatifs sans devoir s'acquitter du prix de la mitoyenneté<sup>120</sup>.

La doctrine et la jurisprudence se sont interrogées sur la validité de telle clause et sur leur qualification. Par un arrêt du 7 septembre 1972<sup>121</sup>, la Cour de cassation a consacré la qualification de cession de créance future. Il ne pouvait, en effet, s'agir d'un droit de mitoyenneté dans la mesure où l'entrepreneur n'était titulaire

<sup>116</sup> Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623), p. 208.

<sup>117</sup> L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *op. cit.*, p. 82.

<sup>118</sup> J.-P. VERGAUWE et S. LEONARD, « Chapitre 3. La mitoyenneté », in *Les relations de voisinage*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 55.

<sup>119</sup> L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *op. cit.*, p. 82.

<sup>120</sup> L. COENJAERTS, « Aux confins des relations de voisinage, la mitoyenneté », *op. cit.*, p. 219 ; M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, p. 59, n° 54.

<sup>121</sup> Cass., 7 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 22 ; Liège, 17 juin 1986, *Pas.*, 1986, II, p. 148 ; Civ. Bruges, 15 novembre 1991, *R.W.*, 1994-1995, p. 749 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 251.

d'aucun droit de propriété principal s'exerçant sur le fonds. Or, il ne se conçoit pas de céder l'un et l'autre séparément<sup>122</sup>.

Pour être opposable aux tiers, cette cession de créance doit satisfaire aux conditions de l'article 1690 du Code civil<sup>123</sup>, sans qu'elle ne soit cependant soumise à la transcription dans la mesure où elle n'entraîne aucune mutation de la propriété. Enfin, il importe également que la créance à naître soit déterminée ou déterminable, que le débiteur cédé soit identifiable et que l'objet et la cause soient connus<sup>124</sup>.

**45. Le texte actuel.** Le texte du Livre 3 ne dit mot de ces clauses. Il faut lire les développements des auteurs du texte pour découvrir que parce qu'elle est explicitement qualifiée de copropriété forcée à titre accessoire, la conséquence est que « les clauses de réserve de mitoyenneté ne sont, partant, *pas valables*, car le droit de copropriété de la clôture est un accessoire indissociable (accessoriété dite renforcée) de la propriété du fonds. (...). Ces clauses ne peuvent être interprétées que comme une cession de créance future du prix de la mitoyenneté de la clôture en cas d'acquisition forcée par le voisin qui a pris possession de celle-ci »<sup>125</sup>.

Ces considérations ressortent donc des travaux parlementaires, et non pas du texte lui-même, et réitèrent la qualification donnée par la Cour de cassation.

## SECTION 9. CONCLUSION

**46.** La réécriture du chapitre relatif à la mitoyenneté ne comprend pas de grande révolution, mais « une modernisation dans la continuité », comme les commentateurs aiment décrire le nouveau texte.

Aucun des principes dégagés par la jurisprudence depuis 1804 ne se voit anéanti. Au contraire, le texte consacre les évolutions de cette matière, dans un souci de clarification :

- ce texte regroupe les règles auparavant dispersées entre les Codes civil et rural ;

<sup>122</sup> S. BOUFFLETTE et E. JADOU, « Relations de voisinage : illustrations jurisprudentielles récentes en matière de troubles de voisinage et de mitoyenneté », *op. cit.*, p. 97 ; Civ. Bruges, 15 juin 2016, *T.G.R.*, 2016, liv. 5, p. 346 ; Liège, 18 janvier 2010, R.G. n° 2009/319, disponible sur le site [www.juridat.be](http://www.juridat.be) ; J.P. Ostende (2<sup>e</sup> canton), 21 janvier 2004, *Res jur. imm.*, 2006, liv. 2, p. 116, et le commentaire de S. BOUFFLETTE, « Chapitre 4. Mitoyenneté », in *Chroniques notariales*, 2008, vol. 48, p. 64, n° 48.

<sup>123</sup> L'art. 1690, al. 2, du Code civil dispose que « la cession n'est opposable au débiteur cédé qu'à partir du moment où elle a été notifiée au débiteur cédé ou reconnue par celui-ci » ; J.P. Ostende (2<sup>e</sup> canton) ; 24 septembre 2002, *Res jur. imm.*, 2003, liv. 4, p. 321 ; J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 716 et s., n°s 308 et s. M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, p. 62, n° 59 ; L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *op. cit.*, p. 83.

<sup>124</sup> M. BURTON, « La mitoyenneté », *op. cit.*, p. 62, n° 59 ; L. NEMERY DE BELLEVAUX et C. MOSTIN, « Les effets de la mitoyenneté. Les droits et devoirs des copropriétaires mitoyens », *op. cit.*, p. 83.

<sup>125</sup> Développements, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2018-2019, n° 54-K3623/001, p. 190 ; Cass., 7 septembre 1972, *Arr. Cass.*, 1973, 24 ; *Pas.*, 1973, I, 22 ; *R.C.J.B.*, 1974, 5, note J. HANSENNE ; *Pas.*, 1973, I, p. 22 ; S. BOUFFLETTE, « Mitoyenneté », *Chroniques notariales* (Y.-H. LELEU coord.), vol. 66, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 53, pp. 128 et s.

- ce texte vise à unifier ces règles et à les appliquer à un nombre plus large de cas, s'agissant du type de clôture ou de la mitoyenneté originaire, par exemple,
- le texte éclaircit les règles de preuves, lesquelles sont souvent délicates,
- le texte organise explicitement le mécanisme d'acquisition forcée de la mitoyenneté,
- le texte rééquilibre la faculté d'abandon, en offrant une porte de sortie honorable au voisin abandonné.

Voilà, en quelques mots, les lignes directrices de la réforme.

Qu'il me soit permis, ici, de remercier les organisateurs de m'avoir invité à apporter ma pierre à cet ouvrage.

47. Finissons par une histoire, car c'est de cela que la vie du droit est faite.

Monsieur Delambre est arrêté. Il doit passer en cour d'assises. Sa fille Lucie est avocate, elle se charge de sa défense (ce qui, d'ailleurs, pose question d'un point de vue déontologique). Elle a peu d'expérience.

Un avocat chevronné tente de convaincre Monsieur Delambre de le charger de ce dossier. Pour discréditer sa consœur, au parloir, il utilise ces termes : « À son actif, elle a trois divorces. Un mur mitoyen ».

Monsieur Delambre persiste et signe : il a une avocate, c'est sa fille.

Je n'en dirai pas plus pour que le suspense reste entier.

Ceux qui, outre l'étude du Livre 3, auront usé leur temps libre du confinement sur Netflix auront reconnu ce passage issu de la série « Dérappages » dans lequel Eric Cantona incarne Monsieur Delambre et dont le scénario est inspiré de « Cadres Noirs » de l'excellent Pierre Lemaitre<sup>126</sup>.

Les praticiens de la mitoyenneté devraient s'offusquer de ces propos : pourquoi un tel mépris ? D'autant que l'exposé ci-avant démontre que les règles régissant la mitoyenneté sont loin d'être simples, alors qu'il ne s'agit, vous diront certains, que d'un *simple* mur, pour ne pas dire... *bête*.

Cela étant dit, la frontière entre la mitoyenneté et la cour d'assises n'est pas forcément éloignée quand un ami pénaliste me racontait en juin dernier qu'en 30 ans de barreau, il avait traité un seul dossier de mur mitoyen. Ce dossier avait commencé devant le juge de paix pour se terminer en assises quand, excédé, Primus a finalement entendu résoudre son différend en tirant à la carabine sur Secundus...

Les conflits de voisinage empoisonnent, plus que tout autre, la vie des gens. Ce sont des lieux où s'expriment démesurément les passions humaines.

Gageons que les nouveaux articles 3.103 à 3.113 contribueront à apporter de la sérénité dans le voisinage.

<sup>126</sup> « Dérappages », saison 1, épisode 5, 37'48. Merci à Sandrine R. pour le clin d'œil.

# CHAPITRE 3

## DES SERVITUDES

par

Sophie BOUFFLETTE

*Avocate spécialisée en droit des biens*

*Collaboratrice scientifique ULiège*

### INTRODUCTION

1. À la suite de l'adoption de la loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 « Les biens » du Code civil, les dispositions relatives aux servitudes, reprises aux articles 637 à 710*bis* de l'ancien Code civil, vont être remplacées par les articles 3.114 à 3.137 du Sous-titre 3 du Titre 5 dudit Livre 3. Ce Titre 5 est consacré aux relations de voisinage et contient également le régime applicable aux troubles de voisinage (Sous-titre 1) et celui de la clôture mitoyenne (Sous-titre 2).

Le présent chapitre est consacré à une analyse synthétique des dispositions futures qui entreront en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2021<sup>1</sup>. Par facilité, ce chapitre suit la structure donnée par le législateur au Sous-titre 3 contenant ces dispositions.

### SECTION 1. DISPOSITIONS GÉNÉRALES

#### § 1. DÉFINITION DE LA SERVITUDE

2. L'article 3.114 définit la servitude comme une charge grevant un immeuble, dit fonds servant, pour l'usage et l'utilité d'un immeuble appartenant à autrui, dit fonds dominant. Le terme « immeuble » remplace le terme « héritage » de l'article 637 de l'ancien Code civil dans la perspective d'élargir le domaine d'application des servitudes en les affranchissant de la nécessité d'un lien avec le sol. Suivant l'exposé des motifs<sup>2</sup>, compte tenu des remaniements opérés relativement au droit de superficie par la loi nouvelle et de la (future) possibilité de dissociation perpétuelle de la propriété immobilière sous la forme d'un tel droit, les hypothèses où une personne est propriétaire d'un bâtiment ou d'un volume sans l'être du sol

---

<sup>1</sup> Au sujet du droit transitoire, voy. *infra*, n° 35.

<sup>2</sup> Voy. Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 212.

vont s'accroître. Partant, une servitude doit pouvoir être constituée en faveur ou à charge d'un bâtiment seulement.

3. Ce souci d'étendre le domaine des servitudes se déduit également des possibilités, prévues par l'article 3.114, d'établir une servitude entre deux immeubles dont la même personne est, pour l'un, propriétaire et, pour l'autre, copropriétaire, pratique répandue dans les immeubles à appartements<sup>3</sup>, ou entre deux immeubles appartenant à la même personne si l'un d'entre eux est grevé d'un droit réel d'usage au profit d'un tiers, usufruit, superficie ou autre emphytéose. Par cette seconde faculté, la disposition nouvelle instaure une dérogation à la règle *res nemini sua servit* qui interdit en principe d'assujettir ses propres biens l'un au profit de l'autre. En vertu des brocards *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet* et *accessorium sequitur principale*, cette dérogation est néanmoins nécessairement limitée dans le temps par la durée du droit réel d'usage concédé au tiers sur le fonds servant ou sur le fonds dominant ; à l'extinction de celui-ci, la servitude en cause s'éteindra par confusion<sup>4</sup>.

Il convient d'observer que l'article 3.114 retient expressément et uniquement la possibilité de constituer une servitude *entre des immeubles appartenant à la même personne si l'un d'entre eux est grevé d'un droit réel d'usage au profit d'un tiers*. Est donc visée l'hypothèse où l'un des fonds, dominant ou servant, est grevé d'un droit réel d'usage alors que la propriété de l'autre fonds n'est, elle, point démembrée<sup>5</sup>. Rien n'interdit néanmoins d'envisager l'hypothèse dans laquelle deux fonds, appartenant au même propriétaire, sont chacun grevés de droits réels d'usage au profit de tiers distincts. Ces titulaires de droits réels pourraient-ils convenir de lier par une servitude les fonds sur lesquels porte leur droit respectif ?

Sous l'empire de l'ancien Code civil, la réponse est affirmative : une servitude peut être accordée – pour la durée de son droit – par le titulaire d'un droit réel sur le fonds servant, tels l'usufruitier, l'emphytéote ou le superficiaire<sup>6</sup>. Les titulaires de droits réels sont donc autorisés à stipuler des servitudes, dans le respect cependant de l'adage *nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet*. Ainsi, la doctrine contemporaine admet majoritairement<sup>7</sup> la constitution par

<sup>3</sup> Voy. S. BOUFFLETTE, « Les servitudes au sein de la copropriété forcée d'immeubles ou groupes d'immeubles bâtis », *Jurim pratique*, 2011, liv. 1-2, pp. 171-197.

<sup>4</sup> Voy. *infra*, n° 22.

<sup>5</sup> À lire les travaux préparatoires est également visée l'hypothèse où une partie d'un fonds seulement est grevée d'un droit réel d'usage (voy. Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 212).

<sup>6</sup> Voy. M. MUYLLE, « De duur van erfdiensbaarcheden », *T.B.O.*, 2012, p. 94, n° 15, et toutes les combinaisons envisagées par cet auteur aux numéros 20 à 23. Voy. aussi V. SAGAERT, *Beginnelsen van Belgisch privaatrecht, V, Goedenrecht*, Mechelen, Kluwer, 2014, p. 478, n° 589 ; N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, Limal, Anthemis, 2014, n° 1125.

<sup>7</sup> Voy. R. JANSEN et K. SWINNEN, « De contractuele modulering van de gebruiks- en beschikkingsbevoegdheden van de vruchtgebruiker », in V. SAGAERT et A. VERBEKE (eds), *Vruchtgebruik, Mogelijkheden, beperkingen en innovaties*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 55 ; M. MUYLLE,

l'usufruitier d'une servitude *grevant* le bien en usufruit au profit d'un autre fonds, pour autant que cette servitude respecte la destination du bien et ne perdure pas au-delà de l'extinction de l'usufruit. Quant à l'emphytéote et au superficiaire, les lois du 10 janvier 1824 les concernant prévoient la faculté de grever l'objet de leur droit de servitudes. L'article 6 de la loi sur l'emphytéose dispose ainsi que l'emphytéote a la faculté de *grever* le fonds emphytéotique de servitudes pour la durée de sa jouissance. Le superficiaire jouit de la même faculté en vertu de l'article 2 de la loi selon lequel le superficiaire peut *grever* de servitudes les biens qui font l'objet de son droit, mais pour la durée de sa jouissance seulement<sup>8</sup>. En ce qui concerne le fonds dominant, un raisonnement par analogie peut être opéré : tant le propriétaire que le titulaire de droit réel sur ce fonds peuvent stipuler des servitudes au profit de celui-ci. En effet, qui peut le plus, peut le moins, si les titulaires de droit réel peuvent grever l'objet de leur droit de servitudes, il doit également leur être reconnu le droit de constituer une servitude *en faveur* de cet objet, d'autant que le propriétaire peut y trouver intérêt<sup>9</sup>. Dans cette hypothèse également, mais cette fois en vertu de l'adage *accessorium sequitur principale*<sup>10</sup>, la durée de la servitude est liée à la durée du droit réel de son constituant qu'elle ne peut excéder. Dans tous les cas néanmoins, rien n'interdit aux propriétaires des fonds dominant et servant de ratifier les servitudes constituées par les titulaires de droit réel sur ces fonds, de sorte que ces servitudes puissent se poursuivre au-delà des droits réels de leur(s) constituant(s).

Il ne ressort pas des travaux préparatoires de la loi du 4 février 2020 portant le Livre 3 du Code civil que le législateur aurait entendu revenir sur les enseignements doctrinaux ci-avant énoncés. L'article 3.117, alinéa 2, précise au contraire, de manière générale, que les servitudes peuvent être constituées par tout titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit. Cette faculté pour le titulaire d'un droit réel d'usage de constituer une servitude sur l'immeuble objet de son droit découle, plus spécifiquement, de l'article 3.145 pour l'usufruit, de l'article 3.172 pour l'emphytéote et de l'article 3.184 pour le superficiaire. Nonobstant le libellé restrictif de l'article 3.114, une servitude peut donc être constituée entre

« De duur van erfdiensbaarheden », *op. cit.*, p. 95, n° 17, et les références citées, dont H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1942, p. 504, n° 614 ; M. MUYLLE et K. SWINNEN, « De contouren van erfdiensbaarheden actuele vraagstukken rond hun ontstaan, uitoefening en duur », in V. SAGAERT et A.-L. VERBEKE (eds), *Goeden recht*, vol. 62, Themis, Brugge, die Keure, 2011, p. 38, n° 17 ; K. VANHOVE et F. BAUDONCQ, « Combinatie van beperkt zakelijke rechten over de interne grenzen van vruchtgebruik, erfpacht, opstal en erfdiensbaarheden », *Not. Fisc. M.*, 2004, p. 140 ; R.P.D.B., t. XV, v° « Usufruit », p. 754, n° 419.

<sup>8</sup> Voy. les observations de P. LECOCQ à ce sujet, « Superficie, emphytéose et constructions », in *Zakenrecht/Droit des biens*, la Charte, 2005, p. 317, n°s 30-31, pour le superficiaire, p. 324, n° 36, pour l'emphytéote. Voy. égal. M. MUYLLE, « De duur van erfdiensbaarheden », *op. cit.*, p. 94, n° 15.

<sup>9</sup> Voy., à propos de l'usufruit, S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, *Usufruit, usage et habitation, aspects civils*, R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 109, n° 86.

<sup>10</sup> Voy. M. MUYLLE, « De duur van erfdiensbaarheden », *op. cit.*, p. 96, n° 22.

des immeubles appartenant à une même personne, non seulement si l'un d'entre eux est grevé d'un droit réel d'usage au profit d'un tiers, mais également si chacun d'eux est grevé d'un droit réel d'usage au profit de tiers distincts.

4. Les potentialités d'un immeuble étant multiples, voire infinies<sup>11</sup>, les servitudes peuvent procurer quantité de services divers : passage, puisage, pacage, jour, vue, prospect, interdiction de construire en tout ou en partie, égout des toits, des eaux ménagères, écoulement des eaux naturelles, usage de cheminée, etc. Nonobstant la pléthore de services susceptibles d'être rendus, ceux-ci peuvent être classés en deux catégories : d'une part, ceux qui permettent d'accomplir des actes d'usage sur le bien d'autrui (passage, puisage, cheminée...), d'autre part, ceux qui privent le propriétaire d'un bien d'exercer certains droits attachés à celui-ci (construire, planter ou créer des ouvertures à certaines distances du fonds voisin...) <sup>12</sup>. L'article 3.114 intègre cette réalité en énonçant que la servitude consiste soit, pour le titulaire du fonds servant, à s'abstenir de certains actes d'usage, soit à permettre certains actes d'usage au profit du fonds dominant. Il précise cependant que, dans les deux cas, la servitude doit être en rapport direct et immédiat avec le fonds dominant, suivant ainsi la jurisprudence de la Cour de cassation <sup>13</sup>.

5. Enfin, l'article 3.114 consacre légalement la notion jusqu'ici doctrinale et prétorienne <sup>14</sup> d'obligations réelles accessoires qui peuvent être positives ou négatives et s'ajouter à la charge principale de la servitude. Il dispose ainsi en son alinéa final que *la servitude peut inclure des obligations positives ou négatives qui sont complémentaires à la charge principale constituant la servitude et qui suivent le régime réel de celle-ci*.

## § 2. APPARENCE DE LA SERVITUDE

6. Dans le système originel du Code civil, les servitudes se distinguent en fonction de leur apparence ou non-apparence, d'une part, et en fonction de leur continuité ou discontinuité, d'autre part. La loi nouvelle ne retient plus comme critère distinctif que la notion d'apparence et abandonne donc toute référence au caractère continu ou discontinu de l'article 688 de l'ancien Code civil. Ce caractère

<sup>11</sup> Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, *op. cit.*, n° 496 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil français*, t. I, p. 940, n° 2880.

<sup>12</sup> Voy. M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil français*, *op. cit.*, p. 940, n° 2880.

<sup>13</sup> Voy. Cass., 16 mai 1952, II, *Pas.*, 1952, p. 518 ; Cass., 30 novembre 2007, *R.W.*, 2007-2008, p. 1047, note K. SWINNEN. Critère rappelé par l'av. gén. A. VAN INGELGEM, dans ses conclusions précédant Cass., 29 mars 2012, *Larcier Cass.*, 2012, n° 697 ; *R.A.B.G.*, 2013, p. 81, note K. SWERTS.

<sup>14</sup> Voy. J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, 1996, p. 1111, n° 1104.

était en effet source de discussions en doctrine<sup>15</sup>, notamment quant à la servitude d'évier ou de conduites de gaz et d'électricité.

L'abandon du caractère continu ou discontinu du service rendu comme critère distinctif des servitudes aura un impact significatif sur la manière de constituer une servitude du fait de l'homme à l'avenir<sup>16</sup> ; la prescription acquisitive (art. 3.118) et la destination du propriétaire (art. 3.119) pourront en effet être invoquées à l'égard de servitudes qui, dans le système de l'ancien Code civil, y échappaient. La servitude de passage, servitude discontinuée au sens de l'article 688 de l'ancien Code civil, pourra ainsi être constituée non plus seulement par titre, mais également par prescription acquisitive ou par destination du propriétaire, pour autant qu'elle soit apparente au sens de l'article 3.115.

7. Suivant l'article 3.115, les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent au titulaire, prudent et raisonnable, d'un droit réel sur le fonds servant, soit par des ouvrages permanents et visibles, soit par une activité régulière et révélée par des traces sur le fonds servant.

La notion d'apparence est ainsi élargie puisque l'article 689 de l'ancien Code civil définit l'apparence uniquement par référence à la présence d'*ouvrages extérieurs* ; sous l'empire de cette dernière disposition, les ouvrages extérieurs, annonceurs de l'existence d'une servitude, ne doivent pas nécessairement être situés sur le fonds servant, mais être visibles par son propriétaire<sup>17</sup>. L'article 3.115 innove en énonçant qu'une servitude est apparente lorsqu'elle s'annonce non seulement par des ouvrages permanents et visibles, mais également par une activité régulière et révélée par des traces sur le fonds servant. Il y a lieu d'observer que le législateur a précisé que la manifestation extérieure de la servitude doit se réaliser sur le fonds servant uniquement lorsque cette manifestation prend la forme d'une activité régulière, point lorsqu'il s'agit d'ouvrages permanents et visibles. Le législateur n'a donc pas entendu rompre avec le passé à ce sujet.

8. L'article 3.115 contient une précision qui engendrera certainement beaucoup de discussions en cas de litige : une servitude apparente est celle qui s'annonce, d'une des deux manières précitées, au titulaire d'un droit réel sur le fonds servant qualifié de *prudent et raisonnable*.

Cette précision confirme une tendance émergente sous l'empire de l'article 689 de l'ancien Code civil. La Cour de cassation a en effet affirmé, dans un arrêt du 30 avril 1990<sup>18</sup>, qu'un juge ne peut pas considérer une servitude comme non appa-

<sup>15</sup> Voy. V. SAGAERT, *Beginselen van het Belgisch Privaatrecht*, V, *Goedenrecht*, op. cit., p. 472 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, op. cit., t. VI, p. 418.

<sup>16</sup> Voy. *infra*, nos 12-13.

<sup>17</sup> Voy. N. BERNARD, *Précis de droit des biens*, op. cit., n° 1035 ; V. SAGAERT, *Beginselen van belgisch privaatrecht*, V, *Goedenrecht*, op. cit., p. 474 ; J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, op. cit., p. 1104 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., n° 518.

<sup>18</sup> Cass., 30 avril 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1000.

rente du simple fait qu'elle n'est pas visible à l'œil nu. Quelques années auparavant, le Tribunal civil de Liège avait déclaré que la servitude ne devait pas « sauter aux yeux » pour être apparente, mais apparaître au terme d'un examen raisonnablement scrupuleux. Le législateur a consacré cette tendance en indiquant dans l'article 3.115 que l'appréciation du caractère apparent d'une servitude s'effectue à l'aune du caractère prudent et raisonnable du propriétaire – *sensu lato* – du fonds servant. Il ne faut cependant pas oublier que certains auteurs<sup>19</sup> ont mis en garde contre une application trop stricte de ce courant jurisprudentiel et précisé que l'examen raisonnablement scrupuleux, auquel doit se livrer l'acquéreur d'un fonds assujéti, dépend des circonstances de la cause<sup>20</sup>.

### § 3. SOURCES DES SERVITUDES

9. Suivant l'article 3.116, les servitudes s'établissent par la loi ou par le fait de l'homme. L'assertion est plus claire que le texte de l'article 639 de l'ancien Code civil, suivant lequel la servitude dérive ou de la situation naturelle des lieux, ou des obligations imposées par la loi, ou des conventions entre les propriétaires. L'article 3.116 ne retient que deux sources des servitudes et ne contient aucune référence à la situation naturelle des lieux, le législateur ayant entendu les critiques de la doctrine sur la répartition tripartite originelle<sup>21</sup>.

L'alinéa 2 de l'article 3.116 crée une nouvelle servitude légale, distincte de celles évoquées au Chapitre 3 du Sous-titre dédié aux servitudes, en prévoyant que le titulaire d'un droit réel d'usage sur un immeuble profite, en vertu de la loi, de toutes les servitudes nécessaires à l'exercice de son droit sur le fonds grevé dudit droit réel. Cette servitude légale a donc pour objet tout ce qui, sur le fonds grevé d'un droit réel d'usage, est nécessaire pour que le titulaire de ce droit réel d'usage puisse l'exercer.

L'article 3.116 précise en son alinéa 3 que les règles légales relatives aux servitudes du fait de l'homme s'appliquent également aux servitudes légales, sauf dispositions contraires ou incompatibilité avec la finalité poursuivie par le législateur. L'objectif de cette disposition est de créer un droit commun applicable à toutes les servitudes, quelle que soit leur source, à moins qu'une disposition légale n'en dispose autrement ou que la *ratio legis* de la servitude légale envisagée ne s'y oppose.

<sup>19</sup> Voy. J. KOKELENBERG, Th. VAN SINAY et H. VUYE, « Overzicht van rechtspraak. Zakenrecht 1989-1994 », *T.P.R.*, 1995, p. 651, n° 116, et p. 652, n° 118.

<sup>20</sup> Voy., pour des exemples d'appréciation du caractère apparent, Civ. Bruxelles, 8 décembre 2011, *Res jur. imm.*, 2012/1, p. 79 ; J.P. Mouscron, 10 mars 2008, *J.J.P.*, 2011, p. 200, note P.L. ; J.P. Vielsalm, 27 mars 2007, *Res jur. imm.*, 2007, p. 43.

<sup>21</sup> Voy., à ce sujet, l'examen réalisé par J. HANSENNE, *Les Biens. Précis, op. cit.*, t. II, pp. 1164 et s., n°s 1149-1152. Voy. également P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. II, *Droits réels principaux démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 209.

## SECTION 2. SERVITUDES DU FAIT DE L'HOMME

### § 1. MODES CONSTITUTIFS

10. La loi nouvelle conserve, tout en les toilettant, les trois modes constitutifs particuliers des servitudes du fait de l'homme : l'acte juridique, la prescription acquisitive et la destination, non plus du père de famille, mais du propriétaire. Comme dans le système de l'ancien Code civil, les deux derniers modes constitutifs ne sont pas applicables à tout type de servitude, mais uniquement aux servitudes apparentes, le critère de la continuité ayant disparu<sup>22</sup>.

11. L'article 3.117 dispose que toutes les servitudes peuvent s'établir par acte juridique, termes remplaçant avantageusement le terme « titre » de l'article 691 de l'ancien Code civil puisqu'il est de jurisprudence constante que ce titre doit s'entendre comme l'acte juridique, le *negotium*, par lequel la servitude est établie. L'article 3.117 poursuit en indiquant que les servitudes établies par acte juridique peuvent être prouvées au moyen d'un titre récongnitif émanant du titulaire du fonds servant au moment de sa rédaction. Cette disposition permet donc expressément le recours au titre récongnitif comme mode de preuve pour toute servitude née par acte juridique, corrigeant ainsi le libellé malheureux de l'article 695 de l'ancien Code civil qui vise uniquement les servitudes ne pouvant s'acquérir par prescription. Enfin, il est précisé que la servitude peut être constituée par le propriétaire ou par tout titulaire d'un droit réel d'usage dans les limites de son droit, confirmant la tendance doctrinale actuelle<sup>23</sup>.

12. La prescription acquisitive est, quant à elle, visée par l'article 3.118 qui renvoie aux conditions des articles 3.26 et 3.27, traitant de ce mode acquisitif de manière générale.

La nouvelle loi innove à un double titre en ce qui concerne ce mode constitutif. Premièrement, la prescription acquisitive n'est plus réservée qu'aux servitudes apparentes, l'exigence de continuité ayant disparu<sup>24</sup>. Cette disparition implique que la prescription acquisitive devient envisageable pour des servitudes qui en étaient jusque-là exclues, telles que les servitudes de passage, d'évier, de puisage, etc., à condition qu'elles soient apparentes. Deuxièmement, et cela tient au (nouveau) régime général de la prescription acquisitive, le délai de prescription est de dix ans, sauf mauvaise foi du possesseur lors de son entrée en possession ; dans cette dernière hypothèse, le délai de prescription est de trente ans. La bonne foi est présumée et définie par l'article 3.22 comme la croyance légitime dans la titularité du droit possédé.

<sup>22</sup> Voy. *supra*, n° 6.

<sup>23</sup> Voy. *supra*, n° 3.

<sup>24</sup> Voy. *supra*, n° 6.

Une question se pose quant à l'application dans le temps de cette double innovation : le possesseur d'une servitude apparente pourra-t-il se prévaloir de l'article 3.118 dès le 1<sup>er</sup> septembre 2021 ? *Quid* si sa possession a débuté sous l'empire de l'ancien Code civil et se poursuit sous l'empire du nouveau Livre 3 ?

Premièrement, en vertu de l'article 37, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3, de la loi du 4 février 2020, les dispositions nouvelles ne porteront pas atteinte aux droits acquis avant leur entrée en vigueur. Il en résulte que le possesseur d'une servitude apparente et continue sous l'ancien Code civil pourra toujours invoquer le bénéfice d'une prescription acquisitive échue avant l'entrée en vigueur du nouveau Livre 3 du Code civil.

Deuxièmement, l'article 37, § 2, de la loi du 4 février précise que les nouveaux délais de prescription se substituent aux délais en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi, et ce, à compter de celle-ci, sans toutefois que le délai total de prescription puisse excéder le délai initial. Le possesseur de bonne foi d'une servitude apparente et continue sous l'ancien Code civil pourra donc se prévaloir de l'article 3.118 après l'écoulement d'un délai de dix ans à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2021, à moins que le délai trentenaire applicable sous l'empire de l'ancien Code civil ne vienne à échéance endéans l'expiration du délai de dix ans.

Troisièmement, la prescription acquisitive n'étant pas admise pour les servitudes apparentes, mais discontinues sous l'ancien Code civil, aucun délai de prescription n'a pu commencer à courir à leur sujet avant l'entrée en vigueur de Livre 3 du nouveau Code civil, de sorte qu'il ne pourrait logiquement s'opérer de substitution avec un *nouveau* délai de prescription. Le paragraphe 2 de l'article 37 n'est donc pas applicable à une telle hypothèse. Celle-ci tombe, en revanche, sous le coup du paragraphe 1<sup>er</sup> de cet article. Suivant ce paragraphe, les dispositions du Livre 3 du Code civil s'appliqueront à tous les actes et faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2021. En revanche, sauf convention contraire, elles ne régiront ni les effets futurs des actes et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur, ni les actes et faits juridiques apparus après cette entrée en vigueur, mais se rapportant à des droits réels nés avant celle-ci. Or la possession est un fait juridique. Le possesseur de bonne foi d'une servitude apparente, mais discontinue, sous l'ancien Code civil ne pourra donc se prévaloir de l'article 3.118 qu'après l'écoulement d'un délai de dix ans à compter du 1<sup>er</sup> septembre 2021. Il faudra dès lors attendre 2031 avant de rencontrer des servitudes de passage acquises par prescription.

13. Enfin, la destination du *père de famille* des articles 692, 693 et 694 de l'ancien Code civil cède la place à la destination du *propriétaire*. L'article 3.119 fusionne les articles 692 et 693, l'article 694 étant abrogé. Il n'y a pas de nouveauté particulière quant aux conditions requises pour le jeu de ce mode constitutif, si ce n'est qu'à l'instar de la prescription acquisitive, il jouera à l'avenir en faveur des servitudes apparentes sans plus d'égard à leur caractère continu.

Suivant l'article 37, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 février 2020, les dispositions du Livre 3 du Code civil s'appliqueront à tous les actes et faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2021. En revanche, sauf convention contraire, elles ne régiront ni les effets futurs des actes et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur, ni les actes et faits juridiques apparus après cette entrée en vigueur, mais se rapportant à des droits réels nés avant celle-ci. Pourra donc être constituée par destination du *propriétaire* une servitude apparente, mais discontinue, sous l'empire de l'ancien Code civil, lorsque les conditions d'application de ce mode constitutif se réaliseront postérieurement à l'entrée en vigueur de l'article 3.119 (le 1<sup>er</sup> septembre 2021). Pour rappel, ces conditions sont au nombre de trois : l'appartenance antérieure des deux fonds – servant et dominant – à un même propriétaire, la réalisation par ce propriétaire commun d'un lien de service entre ces fonds, ainsi que le maintien de ce lien lors de la division des fonds<sup>25</sup>. Tant que les fonds demeurent aux mains du même propriétaire, l'adage *res nemini sua servit* empêche la naissance d'une véritable servitude ; lorsque cet adage ne trouve plus à s'appliquer en raison de l'attribution d'un des fonds à un propriétaire distinct et que, nonobstant cette attribution, le lien de service est maintenu entre les fonds, une véritable servitude naît par destination – désormais – du propriétaire<sup>26</sup>. Il en résulte que c'est la division du ou des fonds appartenant au même propriétaire qui provoque la naissance de la servitude<sup>27</sup>. *Quid* dès lors si les deux premières conditions de la destination du propriétaire (appartenance à un même propriétaire et établissement d'un lien de service) sont antérieures à l'entrée en vigueur de l'article 3.119, mais que la troisième condition (division avec maintien du lien de service) est postérieure à celle-ci ? À notre estime, la disposition nouvelle devrait tout de même pouvoir être invoquée en présence d'un lien de service apparent, mais discontinu, au sens de l'article 688 de l'ancien Code civil<sup>28</sup> ; c'est en effet lors de la séparation des fonds que la volonté de créer une servitude est présumée s'exprimer au travers du maintien du lien de service – apparent – instauré par le propriétaire originaire unique. Ce maintien n'est pas l'effet d'un fait juridique antérieur, mais un fait juridique à part entière<sup>29</sup>, de sorte que l'article 37, § 1<sup>er</sup>, alinéa 2, 1<sup>o</sup>, de la loi du 4 février 2020 ne trouve, selon nous, pas à s'appliquer dans l'hypothèse ici envisagée.

<sup>25</sup> Voy. P. LECOQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. II, *Droits réels principaux démembrés*, op. cit., p. 246, n° 29.

<sup>26</sup> Voy. I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 463.

<sup>27</sup> La destination du père de famille est « la constitution volontaire d'une servitude par la séparation de deux immeubles réunis d'abord dans une même main » (Ph. MALAURIE et L. AYNES, *Les biens*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, LGDJ, 2015, p. 378, n° 1119).

<sup>28</sup> Elle le pourra à l'évidence en présence d'une servitude apparente et continue au sens de l'article 688 de l'ancien Code civil, puisque le système ne change pas à leur égard.

<sup>29</sup> Sur la fine limite entre destination et titre, voy. I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., p. 465.

## § 2. DROITS ET OBLIGATIONS DES PARTIES

### A. Détermination de l'étendue de la servitude

14. Préalablement à l'examen du respect des droits et obligations des propriétaires des fonds dominant et servant, il est nécessaire de déterminer les contours de ces droits et obligations. Ceux-ci peuvent varier d'un cas à l'autre. Suivant l'article 3.120, l'usage et l'étendue d'une servitude du fait de l'homme se règlent en se référant à la volonté des parties telle qu'exprimée au titre qui la constitue ou la reconnaît, à l'exercice de fait de la servitude en cas de prescription acquisitive, ou à la situation des lieux constitutive du lien de service en cas de naissance par destination du propriétaire.

### B. Droits et obligations du fonds dominant

15. Quant au propriétaire du fonds dominant, il peut, en vertu de l'article 3.121, faire tous les travaux et ouvrages nécessaires pour exercer la servitude et pour la conserver. À l'instar de l'article 697 de l'ancien Code civil, l'article 3.121 traite à l'évidence des travaux à réaliser sur le fonds servant, puisque le propriétaire du fonds dominant agit à sa guise sur son propre fonds<sup>30</sup>. L'article 3.121 énonce une faculté ; le propriétaire du fonds dominant ne peut donc en règle être contraint par le propriétaire du fonds servant à effectuer lesdits travaux, tout en gardant à l'esprit que la sanction de la déchéance est généralisée à tous les droits réels d'usage par l'article 3.16, 4°, notamment en cas de diminution de la valeur du bien par défaut d'entretien. Les travaux et ouvrages en question sont réalisés par le propriétaire du fonds dominant et à ses frais, à moins qu'ils n'aient été rendus nécessaires par la faute du propriétaire du fonds servant. L'alinéa 3 de l'article 3.121 prévoit en outre, de manière pragmatique, que, si les travaux présentent une utilité pour les deux fonds, les frais sont partagés en proportion de leur utilité respective pour chacun d'eux.

16. Sur le plan des obligations, le texte de l'article 702 de l'ancien Code civil n'est pas repris dans le Livre 3 ; l'exigence de respect littéral du titre a, en effet, été jugée par le législateur comme étant en décalage par rapport au caractère évolutif des servitudes. Il a dès lors préféré privilégier l'adaptation des servitudes en fonction des développements de la technique et de l'évolution de la société. L'article 3.125 prévoit ainsi que le titulaire de la servitude peut apporter dans l'exercice de celle-ci des changements tenant compte des évolutions techniques et sociétales intervenues depuis la constitution de la servitude, sous réserve du respect de la volonté des parties et de la finalité de la servitude. En d'autres termes, le propriétaire du fonds dominant peut, dans une certaine mesure, modifier les modalités

<sup>30</sup> Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil*, t. VI, *op. cit.*, n° 642.

d'exercice de la servitude dont il bénéficie, mais il lui est interdit de méconnaître l'intention des parties ou l'objectif de la servitude, sous couvert des évolutions technologiques et sociales par lesquelles il justifie ce changement.

C. *Droits et obligations du propriétaire du fonds servant*

17. Quant au propriétaire du fonds servant, il conserve l'obligation de ne rien faire qui diminue l'exercice de la servitude ou le rende moins commode, comme dans l'article 701 de l'ancien Code civil. Il conserve pareillement – en contrepartie du caractère perpétuel de la servitude – la faculté de changer l'état des lieux et de déplacer l'exercice de la servitude, et ce, dans des hypothèses plus étendues que celles visées à l'alinéa 3 de l'article 701 de l'ancien Code civil<sup>31</sup>. L'article 3.124, alinéa 2, a en effet vocation à s'appliquer en cas d'intérêt objectif au déplacement. Ce déplacement se réalise en règle aux frais du demandeur et à un endroit sur le fonds servant aussi commode pour l'exercice de la servitude. Le législateur a donc tranché la controverse entourant l'endroit proposé pour réaliser le déplacement de la servitude. Il existe en effet, sous l'ancien Code civil, une discussion sur la possibilité pour le propriétaire du fonds servant de proposer un endroit aussi commode pour l'exercice de la servitude soit sur son fonds exclusivement, soit sur un autre fonds lui appartenant, soit encore sur le fonds d'un tiers<sup>32</sup>. Le législateur a consacré la première de ces trois possibilités.

18. Lorsque le propriétaire du fonds servant est tenu par convention de réaliser des travaux ou ouvrages nécessaires à l'exercice et la conservation de la servitude<sup>33</sup>, il peut abandonner au propriétaire du fonds dominant soit la totalité du fonds servant, soit la partie du fonds servant nécessaire à l'exercice de la servitude. Cette faculté est prévue à l'article 3.122 qui présente une version plus complète de l'article 699 de l'ancien Code civil. La nouvelle disposition distingue en effet selon que le déguerpissement est accepté ou non par le propriétaire du fonds dominant. En cas d'acceptation, le propriétaire du fonds dominant devient propriétaire de tout ou partie du fonds servant et la servitude s'éteint par confusion. En cas de refus, le propriétaire du fonds servant conserve sa propriété et la servitude s'éteint néanmoins, le propriétaire du fonds dominant ayant décliné l'opportunité d'acquérir, en tout ou en partie, le fonds servant. Dans les deux cas, le propriétaire du fonds servant est déchargé de toute obligation existante ou future (et ce, par

<sup>31</sup> En vertu de l'article 701, alinéa 3, le propriétaire du fonds servant ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée. Mais, cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujéti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser.

<sup>32</sup> Voy., sur ces trois possibilités, P. LECOQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. II, *Droits réels principaux démembrés*, op. cit., p. 257, n° 36.

<sup>33</sup> Hypothèse d'obligation réelle accessoire, cf. *supra*, n° 5.

dérogation à l'article 3.17, alinéa 2, qui limite à l'avenir les effets de la renonciation à un droit réel), alors que le propriétaire du fonds dominant est simplement libéré de ses obligations futures.

#### D. *Division des fonds*

19. *Quid* lorsque le fonds dominant ou le fonds servant est divisé ? Quelle incidence cette division a-t-elle sur les droits et obligations de chacun ? La question est réglée dans l'ancien Code civil par l'article 700, mais uniquement pour la division du fonds dominant. La nouvelle disposition de l'article 3.123 vise, quant à elle, les deux hypothèses de division du fonds dominant et du fonds servant et prévoit que le juge détermine, si nécessaire, les nouvelles modalités de la servitude à charge et au profit de chaque immeuble. En cas de division du fonds dominant, la servitude reste due, selon les mêmes modalités, au profit de chaque partie, sans que la condition du fonds servant ne puisse en être *sensiblement* aggravée. Le législateur a ajouté utilement, par rapport au texte initial de l'article 700, l'adverbe « *sensiblement* », puisque la division du fonds dominant aggravera nécessairement toujours un peu la situation du fonds servant, dans la mesure où l'exercice de la servitude s'en trouvera multiplié. En cas de division du fonds servant, l'article 3.123, alinéa 2, précise que la condition du fonds dominant ne peut s'en trouver ni diminuée ni augmentée. Suivant l'exposé des motifs<sup>34</sup>, les effets de la division du fonds servant dépendront du type de la servitude concernée et de sa localisation, mais cette division ne peut ni bénéficier ni nuire au fonds dominant.

### § 3. MODES EXTINCTIFS

20. Sont reprises comme modes spécifiques d'extinction, dans la Section 3 du Chapitre 2 consacré aux servitudes du fait de l'homme, la prescription extinctive, la confusion et la suppression judiciaire pour perte d'utilité. Il existe cependant d'autres causes d'extinction des servitudes tenant, notamment, aux règles du droit des obligations, comme l'annulation ou la résolution du titre constitutif<sup>35</sup>.

21. Effet collatéral de l'abandon du caractère continu d'une servitude comme critère distinctif<sup>36</sup>, l'article 3.126 uniformise le système de la prescription extinctive qui connaît, dans l'ancien Code civil, un régime distinct, aux niveaux du point de départ du délai de prescription et de la charge de la preuve, en fonction

<sup>34</sup> Voy. Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 228.

<sup>35</sup> Voy. V. DEFRAITEUR, *Les servitudes*, Bruxelles, Kluwer, 2015, pp. 145 et s. ; J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, pp. 1145 et s.

<sup>36</sup> Voy. *supra*, n° 6.

du caractère continu ou discontinu de la servitude en cause<sup>37</sup>. Suivant la disposition nouvelle, les servitudes s'éteignent, totalement ou partiellement, par le non-usage pendant trente ans, que celui-ci résulte du fait de l'homme, d'un obstacle matériel ou d'un cas de force majeure. Le délai de trente ans commence à courir à compter du non-usage. L'extinction, dont la charge de la preuve repose sur le propriétaire du fonds servant, se produit seulement dans la mesure de ce non-usage. L'article 3.126 apporte une précision importante quant à la cause du non-usage qui peut résulter du fait de l'homme, d'un obstacle matériel ou d'un cas de force majeure. En effet, suivant une certaine doctrine<sup>38</sup> et une jurisprudence contemporaines<sup>39</sup>, la prescription extinctive partielle suppose un véritable obstacle matériel à l'exercice de la servitude, du moins à l'égard des servitudes discontinues ; partant, si l'état matériel de la servitude en permet l'usage complet, la circonstance que le propriétaire du fonds dominant, tout en respectant son titre, en limite l'usage à ses besoins et à ses convenances ne peut être considérée, suivant cette opinion, comme un usage restreint pouvant entraîner l'extinction partielle de la servitude. Le législateur a décidé de ne pas retenir cette thèse et unifié le régime de la prescription extinctive, quelle que soit la cause du non-usage.

Au niveau du droit transitoire, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article 37, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 février 2020, les dispositions du Livre 3 du Code civil s'appliqueront à tous les actes et faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2021. En revanche, sauf convention contraire, elles ne régiront ni les effets futurs des actes et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur, ni les actes et faits juridiques apparus après cette entrée en vigueur, mais se rapportant à des droits réels nés avant celle-ci. En outre, suivant l'article 37, § 1<sup>er</sup>, alinéa 3<sup>40</sup>, les dispositions nouvelles ne porteront pas atteinte aux droits acquis avant leur entrée en vigueur. Il en résulte que le système à deux vitesses de l'article 707 du Code civil ne trouvera plus à s'appliquer qu'à l'égard des prescriptions dont le délai s'est totalement écoulé avant l'entrée en vigueur de l'article 3.126. Si le non-usage invoqué a débuté avant cette entrée en vigueur et s'est poursuivi après celle-ci, la prescription extinctive qui en découle – fait juri-

<sup>37</sup> Voy. V. DEFRAITEUR, *Les servitudes*, op. cit., pp. 148 et s.

<sup>38</sup> Voy. H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, op. cit., n° 670 ; J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, op. cit., n° 1137. Pour une vue d'ensemble, voy. P. LECOQ, « L'extinction des servitudes : de nuances en précisions », *J.T.*, 2007, p. 84, n° 10.

<sup>39</sup> Voy. Cass., 6 janvier 2006, *J.T.*, 2007, p. 91 ; *J.L.M.B.*, 2006, p. 570, obs. P.-P. RENSON ; commenté par P. LECOQ, « L'extinction des servitudes : de nuances en précisions », *J.T.*, 2007, pp. 81-86, et par S. BUylaERT, « Recente cassatierechtspraak inzake erfdiensbaarcheden », *T. Not.*, 2006, p. 449. Voy. égal. Civ. Tongres, 14 novembre 2011, *R.W.*, 2012-2013, p. 1470, note V. SAGAERT, « Over de hoogte van erfdiensbaarcheden ».

<sup>40</sup> Il n'y a pas lieu de tenir compte ici de l'article 37, § 2, de la loi du 4 février 2020 qui précise que les nouveaux délais de prescription se substituent aux délais en cours au moment de l'entrée en vigueur de la loi, et ce, à compter de celle-ci, sans toutefois que le délai total de prescription puisse excéder le délai initial. En effet, la nouvelle disposition ne modifie pas la durée du délai de prescription extinctive.

dique – ne sera acquise que postérieurement à l'entrée en vigueur du Livre 3 du Code civil, de sorte que l'article 3.126 trouvera à s'appliquer.

22. Autre mode extinctif, la confusion est régie par l'article 3.127 qui dispose que toute servitude est éteinte lorsque le fonds servant et le fonds dominant sont réunis dans la même main, sans préjudice de la création d'une servitude par destination du propriétaire si les fonds sont par la suite à nouveau séparés. La confusion est donc présentée comme un véritable mode extinctif de la servitude, tout en admettant la possibilité de voir naître une nouvelle servitude par destination du propriétaire lors de la séparation ultérieure des fonds. Le système s'en trouve simplifié puisqu'il évacue les questions relatives à la nature de la confusion, véritable cause d'extinction ou cause de paralysie, et quant à l'application de l'article 694 de l'ancien Code civil (d'ailleurs abrogé)<sup>41</sup>.

23. Enfin, l'article 3.128 reproduit le texte de l'actuel article 710*bis* qui permet de solliciter la suppression judiciaire d'une servitude quand elle a perdu toute utilité. Il ajoute uniquement une incise au texte initial pour viser l'utilité *future*. Le législateur n'a pas entendu par là préciser que la perte requise pour justifier la suppression judiciaire doit porter non seulement sur l'utilité actuelle, mais également sur l'utilité future de la servitude, ce qui est au demeurant conforme à la tendance doctrinale et jurisprudentielle en cette matière<sup>42</sup>, mais a souhaité s'affranchir de cette tendance qui admet que la perte peut encore être envisagée sous l'angle de l'utilité potentielle que conserverait la servitude. Il lui est en effet apparu que cette référence à l'utilité *potentielle* rend presque impossible toute suppression de servitude et vide la disposition qui l'organise d'une grande part de son efficacité. Partant, restreindre la suppression judiciaire à la perte d'utilité, même de pur agrément, mais seulement actuelle et future, lui a paru plus équilibré. À titre anecdotique, dans sa version proposée<sup>43</sup>, l'article 3.128 (alors 3.143) était doté d'un alinéa 2 prévoyant la possibilité pour le juge d'ordonner, à la demande du propriétaire d'un des immeubles (et non pas seulement du propriétaire du fonds servant), la modification ou la suppression d'une servitude à la suite d'un changement imprévisible de circonstances visé à l'article 5.77 du Code civil. Cet alinéa a disparu du texte de loi finalement adopté.

<sup>41</sup> Voy., sur les différentes hypothèses de résurrection de la servitude éteinte par confusion dans le régime actuel, V. SAGAERT, *Beginselen van belgisch privaatrecht, V, Goedenrecht, op. cit.*, n° 655 ; H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, *op. cit.*, n° 678.

<sup>42</sup> Voy. V. DEFRAITEUR, *Les servitudes, op. cit.*, pp. 152 et s.

<sup>43</sup> Voy. Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 419.

## SECTION 3. SERVITUDES LÉGALES

### § 1. RÉGIME DES EAUX

24. L'article 640 de l'ancien Code civil est remplacé par l'article 3.129 qui en reprend la structure et certains éléments, tout en intégrant des enseignements jurisprudentiels en la matière. Ainsi, les fonds inférieurs doivent recevoir les eaux naturelles, et autres matières charriées par celles-ci, telle la boue, en provenance des fonds supérieurs ; suivant les travaux préparatoires<sup>44</sup>, les éboulements rocheux ne sont en revanche pas soumis à cette disposition, chacun devant prendre ses précautions afin que les pierres et rochers ne portent pas atteinte aux fonds voisins. Le titulaire d'un fonds inférieur ne peut réaliser aucun ouvrage qui entrave l'écoulement des eaux naturelles. Quant au titulaire d'un fonds supérieur, il ne peut aggraver cet écoulement, en quantité ou en qualité, mais il peut néanmoins utiliser normalement son fonds d'après sa destination<sup>45</sup>. Si cette utilisation normale génère une modification dans l'écoulement des eaux naturelles dont l'ampleur reste raisonnable, il ne pourra encourir aucun reproche. Pour autant que de besoin, vu l'article 3.121 qui a vocation à s'appliquer aux servitudes légales par le truchement de l'article 3.116, alinéa 3, il est précisé que l'entretien de la servitude d'écoulement est aux frais du propriétaire du fonds dominant. Enfin, l'article 3.129 exclut expressément de s'appliquer aux situations résultant de la force majeure, s'inscrivant ainsi dans la perspective de l'arrêt de la Cour de cassation du 1<sup>er</sup> décembre 2011<sup>46</sup>. Dans ces hypothèses, d'une part, le propriétaire du fonds inférieur peut ériger des ouvrages afin de se défendre des écoulements d'eaux de nature exceptionnelle, d'autre part, le propriétaire du fonds supérieur ne peut être tenu responsable du dommage occasionné au fonds inférieur, sauf s'il a contribué à la survenance de celui-ci par l'activité déployée sur son fonds par exemple.

25. Toujours dans le domaine aquatique, notons la réunion des articles 641, 644 et 645 de l'ancien Code civil, concernant les aspects civils des sources et cours d'eau, dans une seule disposition, l'article 3.130, qui améliore la transparence en la matière. Suivant cette disposition, le propriétaire d'une source ou le riverain d'un cours d'eau peut utiliser l'eau pour ses propres besoins uniquement et à condition qu'il ne modifie pas de manière substantielle le cours, la quantité ou la qualité de l'eau et qu'il ne porte pas atteinte aux droits des propriétaires voisins par cette utilisation. L'article 643, relatif à la modification du cours d'une source, n'est en revanche pas repris dans le Livre 3 en raison de son manque de précision

<sup>44</sup> Voy. Développements, Proposition de loi portant insertion du Livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2019-2020, n° 55-0173/001, p. 239.

<sup>45</sup> Voy. Cass., 4 novembre 2005, *Arr. Cass.*, 2005, p. 2127, *Pas.*, 2005, p. 2120.

<sup>46</sup> Cass., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *J.T.*, 2012, liv. 6496, p. 746, note L. COENJAERTS ; *Pas.*, 2011, liv. 12, p. 2687 ; *Rev. dr. rur.*, 2011, liv. 4, p. 156, note J. DISCRY ; *R.G.D.C.*, 2013, liv. 9, p. 477, note J. KOKELENBERG.

et du fait que la matière présente un aspect administratif important réglé par les dispositions légales et réglementaires *ad hoc* que le Code civil n'est pas le lieu de décrire<sup>47</sup>. Enfin, le législateur n'a pas jugé utile de reproduire l'article 642 de l'ancien Code civil, relatif à la prescription acquisitive de l'usage d'une source, dans la mesure où cet article ne constitue qu'un rappel de la possibilité d'acquérir une servitude du fait de l'homme par voie de prescription.

26. Enfin, la servitude d'égout des toits est maintenue ; le texte de l'article 681 du Code civil qui la consacre est repris par l'article 3.131.

## § 2. DISTANCES DIVERSES – OUVERTURES DANS LES MURS

27. Dans une Section 2, intitulée laconiquement « Distances », le législateur a réuni les dispositions relatives, d'une part, aux ouvertures dans les murs et, d'autre part, aux plantations, en y adjoignant, corrélativement, le régime des branches et des racines.

Par rapport au système actuel, les modifications sont sensibles. Il n'est ainsi plus question en tant que tels des jours et des vues – droites ou obliques – organisés par les articles 675 à 680*bis* de l'ancien Code civil. L'article 3.132 utilise un vocabulaire plus moderne et plus large en visant des fenêtres au vitrage transparent, des ouvertures de mur, des balcons, des terrasses et autres ouvrages semblables. Il uniformise par ailleurs le régime de ces ouvertures : elles peuvent être réalisées dans une construction pour autant qu'elles soient placées à une distance droite d'au moins 19 décimètres de la limite des parcelles et qu'elles ne concernent pas un mur mitoyen. Le législateur a donc uniquement conservé la distance retenue par l'article 678 de l'ancien Code civil pour les vues droites, en précisant que cette distance est mesurée par une ligne tracée perpendiculairement à l'endroit le plus proche de l'extérieur de la fenêtre, de l'ouverture de mur, du balcon, de la terrasse ou des ouvrages semblables, jusqu'à la limite des parcelles.

Si la distance de 1,90 mètre n'a pas été respectée, le voisin peut en principe exiger l'enlèvement de l'ouvrage. Des exceptions à cette solution radicale sont toutefois prévues au paragraphe 2 de l'article 3.132. La première exception citée par cette disposition est l'accord entre voisins, ce qui est évident eu égard au caractère supplétif des dispositions du Livre 3<sup>48</sup>, les parties concernées pouvant, notamment, convenir d'une servitude du fait de l'homme dérogeant à la distance légale. La deuxième exception reprend les réserves classiques émises par la jurisprudence et la doctrine<sup>49</sup> en la matière : l'enlèvement ne pourra ainsi être exigé

<sup>47</sup> Exposé des motifs.

<sup>48</sup> Caractère consacré par l'article 3.1 du Livre 3.

<sup>49</sup> Voy. J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1192.

si, au moment de la réalisation des travaux, la parcelle du demandeur appartenait au domaine public ou était un bien indivis accessoire à la construction dont l'ouvrage litigieux fait partie. Pas plus ne pourra-t-il l'être, suivant la troisième exception, si les ouvrages ne peuvent engendrer le moindre risque pour la vie privée et les bonnes relations de voisinage, par exemple, parce que la vue ne porte pas plus loin que 19 décimètres à partir de ces ouvrages. Enfin, si la fenêtre, l'ouverture de mur, la terrasse, le balcon ou les ouvrages semblables se trouvent depuis au moins trente ans à l'endroit concerné, la prescription constituera un obstacle à la demande d'enlèvement. Cette quatrième exception vise la prescription sans précision quant à sa nature, extinctive ou acquisitive, alors que celle-ci est parfois source de confusion en jurisprudence<sup>50</sup>.

### § 3. DISTANCES DIVERSES – RÉGIME DES PLANTATIONS

28. Comme indiqué ci-avant, le législateur a réuni dans une même section les dispositions relatives, d'une part, aux ouvertures dans les murs et, d'autre part, aux plantations, en y adjoignant, corrélativement, le régime des branches et des racines. Il a ainsi transféré le régime des plantations du Code rural au Code civil.

29. L'article 3.133 simplifie et clarifie le régime de distances de plantation organisé par les articles 35 et 36 du Code rural en supprimant toutes les références, d'une part, aux usages reconnus et constants, d'autre part, aux arbres de hautes et de basses tiges, toutes deux sources de discussions et, partant, d'insécurité juridique. Le critère déterminant pour la distance de plantation est désormais la hauteur de l'arbre, quelle qu'en soit l'essence. Cette hauteur est-elle supérieure ou égale à 2 mètres, l'arbre devra être planté à 2 mètres de la limite séparative des fonds ; est-elle inférieure à 2 mètres, l'arbre pourra être planté à 50 centimètres de cette limite, la distance légale de plantation se comptant à partir du milieu du tronc. Le système ainsi instauré gagne en clarté par rapport à celui prévu par le Code rural. En pratique cependant, la fixation d'une hauteur déterminée comme critère distinctif n'empêchera pas les discussions, dans la mesure où les plantations grandissent plus ou moins rapidement suivant leur essence ; il est donc impossible, ou à tout le moins irréaliste en pratique, de maintenir une plantation à une hauteur maximale de 2 mètres tout au long de sa vie. Une application stricte de l'article 3.133 commandera que les plantations soient taillées, une ou plusieurs fois par an, pour ne jamais dépasser une hauteur maximale de 2 mètres sous peine de sanction ; une application souple de cette disposition autorisera un

<sup>50</sup> Voy., sur cette question, P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE, A. SALVÉ et R. POPA, *Manuel de droit des biens*, t. II, *Droits réels principaux démembrés*, op. cit., p. 240, n° 26, et p. 307, n° 73 ; L. COENJAERTS, *Droits réels, Chronique de jurisprudence 2006-2015*, Dossiers du Journal des tribunaux, Bruxelles, Larcier, 2017, n° 389, p. 390 ; I. DURANT, *Droit des biens*, op. cit., pp. 491-492.

léger dépassement de la hauteur maximale, durant une certaine période de l'année, pour autant que la plantation en cause soit régulièrement et périodiquement taillée à une hauteur maximale de 2 mètres. L'avenir nous dira quelle attitude les cours et tribunaux adopteront à cet égard. Pour éviter cet écueil, rien n'empêche évidemment les propriétaires voisins de déroger aux distances minimales de plantations prévues par l'article 3.133. Ce dernier vise d'ailleurs la possibilité pour eux de conclure un contrat à ce sujet, conséquence du caractère supplétif des dispositions du Livre 3<sup>51</sup>.

En présence de plantations ne respectant pas les distances précitées et qui n'ont pas dépassé l'âge de trente ans, le voisin peut solliciter l'arrachage, mais également l'élagage de celles-ci, nouveauté par rapport au texte de l'article 36 du Code rural qui ne visait que l'arrachage à titre de sanction du non-respect des distances légales. Le législateur a néanmoins précisé que l'arrachage ou l'élagage postulé ne seront pas prononcés si le juge estime la demande abusive ; l'abus de droit, ici expressément proscrit par le législateur, devrait d'ailleurs, à notre estime, guider les cours et tribunaux vers une application souple de l'article 3.133, comme évoqué ci-avant. L'alinéa 3 de cette disposition vise expressément une hypothèse d'abus de droit lorsque les plantations ne sont pas plus hautes que la clôture existante entre les parcelles ; dans ce cas, le voisin ne peut s'opposer à la présence desdites plantations. En tout état de cause, le juge doit tenir compte, dans son appréciation, de toutes les circonstances de la cause, y compris l'intérêt collectif.

**30.** Restant dans le domaine des plantations, l'article 3.134 concerne le sort des branches et des racines qui avancent sur ou sous le fonds voisin. Il uniformise le système actuel qui traite différemment les premières des secondes, en prévoyant que, si un propriétaire néglige de couper les branches ou les racines de ses plantations qui dépassent la limite séparative des propriétés dans les soixante jours d'une mise en demeure adressée par lettre recommandée, le propriétaire voisin a le droit soit, de son propre chef et aux frais du propriétaire négligeant, de les couper lui-même et de se les approprier, soit de demander en justice que ce dernier soit condamné à procéder à la coupe de ces branches ou racines. Le droit d'exiger l'enlèvement est imprescriptible. Le juge peut néanmoins le refuser s'il estime que la demande est abusive ; il doit tenir compte, dans son appréciation, de toutes les circonstances de la cause, y compris l'intérêt collectif.

L'alinéa 2 de l'article 3.134 ajoute que les fruits qui tombent naturellement des arbres sur un bien immeuble contigu appartiennent à celui qui a la jouissance de ce bien (propriétaire, locataire, superficière, emphytéote, etc.).

---

<sup>51</sup> Voy. art. 3.1.

## § 4. ENCLAVE

31. Les articles 682 à 685 de l'ancien Code civil consacrés à la servitude légale pour cause d'enclave sont remplacés par les articles 3.135 à 3.137. Ceux-ci reprennent une grande partie des préceptes légaux actuels, tout en tenant compte des quelques évolutions ou apports notables de la jurisprudence en la matière.

Ainsi, l'article 3.135 indique, dans des termes similaires à ceux de l'article 682 de l'ancien Code civil, que le propriétaire dont le fonds est enclavé, soit qu'il n'ait aucune issue sur la voie publique, soit que une issue insuffisante ne puisse être aménagée sans frais ou inconvénients excessifs, peut réclamer un passage sur, au-dessus ou en dessous du fonds de voisins pour l'utilisation normale de son fonds d'après sa destination actuelle ou future. La nouvelle disposition conserve donc la distinction entre enclave absolue et enclave relative et intègre, en outre, la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne l'enclave en sous-sol<sup>52</sup>, d'une part, et la destination future<sup>53</sup> (mais certaine<sup>54</sup>, convient-il de préciser) du fonds enclavé, d'autre part.

32. L'alinéa 2 de l'article 3.135 précise que la servitude légale de passage n'est exclue qu'en quatre hypothèses déjà admises par la doctrine contemporaine : premièrement, si le propriétaire du fonds dispose d'un fonds contigu non enclavé<sup>55</sup>, deuxièmement, si le fonds enclavé fait partie d'une unité d'exploitation dont d'autres fonds ne sont pas enclavés<sup>56</sup>, troisièmement, si le propriétaire du fonds dispose d'une servitude de passage du fait de l'homme suffisante<sup>57</sup>, et, quatrièmement, si l'état d'enclave résulte de la faute du propriétaire réclamant le droit de passage ou de son fait personnel qui ne peut être justifié par l'utilisation normale du fonds d'après sa destination actuelle. La quatrième exception englobe l'exception d'enclave volontaire qui, suivant le texte de la disposition, ne peut être opposée qu'à celui par la faute ou le fait personnel duquel l'enclave est née, et non à ses ayants droit<sup>58</sup>. La liste limitative de l'article 3.135, alinéa 2, ne reprend pas

<sup>52</sup> Voy. Cass., 1<sup>er</sup> mars 1996, *Arr. Cass.*, 1996, p. 212 ; *Pas.*, 1996, I, p. 226 ; *R. Cass.*, 1996, p. 331, note S. SNAET ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 476, note P. LECOCQ, « L'article 682, al. 1<sup>er</sup>, du Code civil et la pose de canalisations souterraines. De la victoire de la nécessité sur la propriété ».

<sup>53</sup> Voy. Cass., 14 octobre 2010, *Pas.*, 2010, liv. 10, p. 2613, concl. T. WERQUIN, confirmé par Cass., 11 décembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 503.

<sup>54</sup> Voy., en doctrine, F. LOOSEN, « La servitude légale de passage pour cause d'enclave : contours et précisions », *R.C.D.I.*, 2013, liv. 4, p. 21 ; S. BOUFFLETTE, « Appréciation de l'état d'enclave d'un fonds à la lumière de sa destination actuelle ou future... mais certaine », note sous J.P. Tubize, 15 janvier 2013, *Rev. dr. ULg*, 2013, p. 83 ; P. LECOCQ, note sous Cass., 14 octobre 2010, *J.L.M.B.*, 2011, p. 1134 ; en jurisprudence, Civ. Liège (div. Huy), 12 novembre 2014, *R.G.D.C.*, 2017, p. 179, note P. LECOCQ ; Civ. Liège (div. Huy), 18 février 2015, *R.G.D.C.*, 2017, p. 174, note P. LECOCQ.

<sup>55</sup> Voy. J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1204.

<sup>56</sup> Voy. V. DEFRAITEUR, *Les servitudes, op. cit.*, p. 70.

<sup>57</sup> Voy. J. HANSENNE, *Les Biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1104.

<sup>58</sup> Voy., à ce propos, Cass., 6 février 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 446, note K. SWINNEN, « Het recht van uitweg. Over een gedogende buurman en zelf veroorzaakte ingeslotenheid » ; *R.G.D.C.*, 2010, p. 494, note S. BOUFFLETTE, « L'enclave volontaire, une affaire à suivre... ».

l'hypothèse où le propriétaire du fonds enclavé dispose d'une tolérance de passage sur le fonds d'autrui. Cette exception, bien qu'ancrée dans la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>59</sup>, a été sévèrement critiquée par la doctrine<sup>60</sup>, de sorte que le législateur n'a pas jugé utile de la consacrer.

33. L'article 3.136 confirme que la servitude légale pour cause d'enclave ne naît que par jugement<sup>61</sup>. Sur le plan procédural, l'action peut être introduite soit par le propriétaire du fonds enclavé, soit, en cas d'inaction de sa part, par le titulaire d'un droit réel ou personnel d'usage du fonds<sup>62</sup>, le propriétaire étant alors appelé à la cause. Elle doit être dirigée, suivant l'article 3.136, alinéa 2, contre les propriétaires des fonds voisins qui, à première vue, offrent le passage le moins dommageable, conformément aux règles prescrites aux articles 1345 et 1371*bis* du Code judiciaire<sup>63</sup>. Cependant, si l'enclave résulte de la division d'un fonds non enclavé, le passage ne peut être demandé qu'aux propriétaires des fonds qui composaient ce fonds avant sa division ; cette disposition reprend l'idée contenue dans l'article 683, alinéa 2, de l'ancien Code civil. Enfin, l'action demeure imprescriptible, comme l'indique l'article 682, § 2, de l'ancien Code civil.

34. Dans la lignée des dispositions actuellement applicables, l'assiette du passage est, suivant l'article 3.136, alinéa 2, fixée par le juge de façon à ce qu'il soit le moins dommageable, moyennant le paiement d'une indemnité proportionnelle au dommage causé. Si la servitude est par la suite modifiée ou supprimée en application de l'article 3.137, l'indemnité peut être révisée ou remboursée, le cas échéant. La modification de l'assiette du passage peut être postulée judiciairement si, en raison de circonstances nouvelles, le passage ne permet plus l'utilisation normale du fonds dominant ou s'il peut être fixé à un autre endroit moins dommageable. La suppression de la servitude légale peut, elle, être postulée si le passage n'est plus nécessaire pour désenclaver le fonds dominant ou s'il avait été accordé en raison d'une destination future et que celle-ci n'a pas été mise en œuvre dans un délai de dix ans à compter du jugement attributif. Cette dernière hypothèse confirme que, dans l'appréciation de l'état d'enclave, il peut être tenu compte de la destination

<sup>59</sup> Voy., à ce propos, Cass., 6 février 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 446, note K. SWINNEN, « Het recht van uitweg. Over een gedogende buurman en zelf veroorzaakte ingeslotenheid » ; *R.G.D.C.*, 2010, p. 494, note S. BOUFFLETTE, « L'enclave volontaire, une affaire à suivre... ».

<sup>60</sup> Voy. E. RQUIER et P. VAN HOOLAND, « Enclave et tolérance de passage : où le quiproquo devient source de droit », *R.G.D.C.*, 2004, p. 475 ; K. SWINNEN, « Het recht van uitweg. Over een gedogende buurman en zelf veroorzaakte ingeslotenheid », note sous Cass., 6 février 2009, *R.W.*, 2009-2010, p. 447.

<sup>61</sup> Voy. N. VERHEYDEN-JEANMART, Ph. COPPENS et C. MOSTIN, « Examen de jurisprudence (1989-1998). Les Biens », *R.C.J.B.*, 2000, p. 459 ; S. VAN DER JEUGHT, « Erfdienstbaarheid van overgang versus recht van uitweg », *J.J.P.*, 2003, p. 347 ; S. SNAET, « Het recht van uitweg », *Dossier-A.J.T.*, 1996-1997, p. 6 ; J. KOELENBERG, Th. VAN SINAY et H. VUYE, « Overzicht van rechtspraak (1989-1994). Zakenrecht », *T.P.R.*, 1995, p. 678.

<sup>62</sup> Non plus le simple occupant visé dans l'article 682 de l'ancien Code civil.

<sup>63</sup> Conciliation préalable obligatoire et introduction de la demande par voie de requête.

future du fonds enclavé, pour autant que cette destination soit certaine<sup>64</sup>, et non seulement hypothétique ou potentielle ; si la sanction du défaut de mise en œuvre de la destination future, pour laquelle une servitude légale pour cause d'enclave fut accordée, réside dans la suppression de celle-ci, n'est-ce pas, notamment, pour décourager les prétendants inconstants de solliciter pareil droit réel grevant inutilement le fonds d'autrui ?

## CONCLUSION

35. La loi du 4 février 2020 est le fruit du travail monumental de deux éminents spécialistes du droit des biens, les professeurs P. Lecocq et V. Sagaert. Elle permet au droit des biens de se délester de dispositions datées et de s'affranchir d'un vocabulaire devenu, au fil du temps, inapproprié, notamment, en vue d'accroître la fonctionnalité de normes destinées à un usage fréquent. Le régime des servitudes s'en trouve modernisé. Notre seul regret est que le droit transitoire prévu par le législateur ne permettra pas d'utiliser pleinement, dans un premier temps en tout cas, cet outil plus moderne pour organiser les rapports entre fonds dominant et servant. Pour rappel, en effet, en vertu de l'article 37, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi du 4 février 2020, les dispositions du Livre 3 du Code civil s'appliqueront uniquement aux actes et faits juridiques survenus après leur entrée en vigueur, soit le 1<sup>er</sup> septembre 2021. En outre, sauf convention contraire, elles ne régiront ni les effets futurs des actes et faits juridiques survenus avant leur entrée en vigueur, ni les actes et faits juridiques apparus après cette entrée en vigueur, mais se rapportant à des droits réels nés avant celle-ci. Il est aisé de comprendre que le législateur n'a pas voulu chambouler l'économie des rapports existants avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi ; il est cependant regrettable qu'il ait édicté un droit transitoire aussi rigide. Ainsi, à l'égard des servitudes constituées avant l'entrée en vigueur du Livre 3 du Code civil, les dispositions de l'ancien Code civil vont demeurer applicables un temps certain encore, eu égard à la nature perpétuelle de ce droit réel. Gageons, et espérons, que les magistrats s'inspireront néanmoins du nouveau régime en cas de carences ou de lacunes de l'ancien.

---

<sup>64</sup> Voy. *supra*, n° 31.