



CENTRE DE GESTION
DE LA FONCTION PUBLIQUE TERRITORIALE
DES LANDES

REDACTEUR TERRITORIAL
CONCOURS INTERNE
OUVERT AU TITRE DE L'ANNEE 2011

Mercredi 14 septembre 2011

Note administrative à partir d'un dossier portant sur le droit civil en relation avec les missions des collectivités territoriales.

Spécialité : Administration générale.

(Durée : 3 heures - Coefficient : 4)

Le présent dossier comprend 32 pages y compris celle-ci.

AVERTISSEMENT

- Seul l'usage d'un stylo noir ou bleu est autorisé (bille, plume ou feutre). L'utilisation d'une autre couleur, pour écrire ou souligner, sera considérée comme un signe distinctif, de même que l'utilisation d'un surligneur.
- En cas d'erreur, le blanc correcteur peut être utilisé.
- Les feuilles de brouillon ne seront en aucun cas prises en compte.
- Vous ne devez faire apparaître aucun signe distinctif dans votre copie, ni votre nom ou un nom fictif, ni signature ou paraphe.
- Aucune référence (nom de collectivité, nom de personne,...) autre que celle figurant, le cas échéant, sur le sujet ou dans le dossier ne doit apparaître dans votre copie.

Le non-respect des règles ci-dessus peut entraîner l'annulation de la copie par le jury.

Vous êtes rédacteur territorial au sein du service patrimoine du département de X.

Cette collectivité a l'intention de se porter acquéreur d'un immeuble grevé d'une servitude conventionnelle de passage.

Votre directeur vous demande de rédiger à son attention, exclusivement à l'aide des documents ci-joints, une note administrative relative au régime juridique applicable aux servitudes.

- DOCUMENT 1 :** « Le rappel des principes en matière de servitudes conventionnelles »
Site de l'Association des Maires de Charente-Maritime – Novembre 2010
(2 pages)
- DOCUMENT 2 :** Code civil : articles 690 à 710, articles 640 à 652, articles 686 à 689
(7 pages)
- DOCUMENT 3 :** « Servitude et droit de passage » de Florian MEDICO
Site Information-juridique.com – août 2009 (2 pages)
- DOCUMENT 4 :** « Servitudes de passage pesant sur les propriétés privées concernées par le développement des activités de loisirs et du "tourisme –nature" »
Site CarrefourLocal.Senat.fr – octobre 2006 (3 pages)
- DOCUMENT 5 :** « Notions sur les servitudes »
Site cda-strasbourg.org (7 pages)
- DOCUMENT 6 :** « Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation »
par M. Laurent JACQUES, conseiller référendaire à la Cour de cassation
Site courdecassation.fr - rapport 2004 (9 pages)



Accueil > [Brèves juridiques](#) > [Domaine communal](#) > Les servitudes conventionnelles : généralités

Autres articles

↳ [Les aides de l'Agence nationale pour l'habitat](#)

↳ [La simplification des démarches administratives \(...\)](#)

↳ [L'occupation du domaine public par un commerçant \(...\)](#)

↳ [Redevance 2011 de l'occupation du domaine public \(...\)](#)

↳ [Le site Internet de l'ADIL](#)

↳ [Guide à l'usage des élus locaux sur le logement \(...\)](#)

Page modifiée le 10/11/2010

Le rappel des principes en matière de servitudes conventionnelles

Tout d'abord, il existe de nombreux types de servitudes prévus par les textes (Code rural, Code civil, Code de l'urbanisme...).

Plusieurs distinctions doivent être opérées entre les servitudes, notamment :

- ↳ entre les **servitudes légales** (prévues par la loi et existantes du simple fait que les conditions soient réunies) et les **servitudes conventionnelles** (instaurées par contrat entre les parties).
- ↳ entre les **servitudes d'utilité publique** (ce sont des servitudes légales qui grèvent un fonds dans un but d'intérêt général) et les **servitudes de droit privé** (ce sont des servitudes qui grèvent un fonds [fonds servant] au profit d'un autre fonds [fonds dominant]).

Le Code civil distingue trois types de servitudes :

- ↳ Les servitudes qui dérivent de la situation des lieux (Articles 640 à 648). On y trouve la servitude d'écoulement naturel des eaux.
- ↳ Les servitudes établies par la loi (Articles 649 à 685-1). On y trouve les règles en matière d'égouts des toits, de mur mitoyen, des vues sur le mur du voisin, de droit de passage...
- ↳ Les servitudes établies par le fait de l'homme (Articles 686 à 710) Ces servitudes sont établies par des conventions entre propriétaires, elles sont également appelées servitudes conventionnelles.

L'article 686 du Code civil indique : « *Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après* ».

Au vu de ce texte, il apparaît que :

- Tout propriétaire peut constituer des servitudes sur son fond
- Les servitudes constituent des droits réels, c'est-à-dire attachés aux fonds, à l'inverse des droits personnels qui sont liés à la personne titulaire du droit. C'est pourquoi une servitude ne peut être accordée qu'au profit d'un fond dominant et à la charge d'un fond servant et non pas entre personnes.
- Le régime juridique applicable à une servitude est celui fixé par le titre qui la crée (convention par exemple). A défaut de précision dans la convention, ce sont les règles du Code civil qui s'appliquent.

<http://www.maires17.asso.fr/?Les-servitudes-conventionnelles>

L'obligation de non aggravation de la servitude conventionnelle

Tout d'abord, comme il l'a été indiqué précédemment, l'étendue de la servitude est fixée dans le titre qui la crée sous réserve de l'appréciation souveraine des juges ; à défaut de titre, il faut se reporter aux règles fixées par le Code civil.

Ensuite, l'article 702 du Code civil dispose : « *De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier* ».

Cet article impose au propriétaire du fonds dominant [celui qui bénéficie de la servitude] de ne pas aggraver la servitude qui lui a été accordée.

Toutefois, cette aggravation est possible si elle a été prévue dans la convention de servitude.

Cette non aggravation de la servitude a fait l'objet de précisions jurisprudentielles. Ainsi, le propriétaire du fonds dominant ne peut procéder au changement d'assiette d'une servitude sans autorisation du fonds assujéti ni justifier un tel changement en alléguant l'absence d'aggravation (Cour de cassation, 3ème chambre civile, 26/04/1979, n° de pourvoi : 77-16110).

Les effets de la servitude conventionnelle

La 3ème chambre civile de la Cour de cassation a indiqué, dans un arrêt du 4 novembre 2004, qu'une servitude bien qu'établie par un titre, est inopposable aux tiers faute de publication à la conservation des hypothèques.

De plus, la Cour de cassation, dans une décision du 27 octobre 1993, a indiqué que les servitudes établies par le fait de l'homme ne sont opposables aux acquéreurs que si elles sont mentionnées dans leur titre de propriété ou si elles font l'objet de la publicité foncière (Cour de cassation, Civ 3ème, 27 octobre 1993, n° de pourvoi : 91-19874).

Détail d'un code



Code civil

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers
- ▶ Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme

Section 2 : Comment s'établissent les servitudes

Article 690 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de trente ans.

Article 691 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres.

La possession même immémoriale ne suffit pas pour les établir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière.

Article 692 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

La destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes.

Article 693 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Il n'y a destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

Article 694 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné.

Article 695 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récongnitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi.

Article 696 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user.

Ainsi la servitude de puiser l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage.

Code civil

V

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers
- ▶ Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme

Section 3 : Des droits du propriétaire du fonds auquel la servitude est due

Article 697 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Celui auquel est due une servitude a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver.

Article 698 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Ces ouvrages sont à ses frais, et non à ceux du propriétaire du fonds assujetti, à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire.

Article 699 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Dans le cas même où le propriétaire du fonds assujetti est chargé par le titre de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude, il peut toujours s'affranchir de la charge, en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire du fonds auquel la servitude est due.

Article 700 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée.

Ainsi, par exemple, s'il s'agit d'un droit de passage, tous les copropriétaires seront obligés de l'exercer par le même endroit.

Article 701 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode.

Ainsi, il 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 assujetti, 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.

Article 702 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

De son côté, celui qui a un droit de servitude ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire, ni dans le fonds qui doit la servitude, ni dans le fonds à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier.

Code civil

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers
- ▶ Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme

Section 4 : Comment les servitudes s'éteignent

Article 703 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

Article 704 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Elles revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisset en user ; à moins qu'il ne se soit déjà écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude, ainsi qu'il est dit à l'article 707.

Article 705 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main.

Article 706 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

La servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans.

Article 707 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les trente ans commencent à courir, selon les diverses espèces de servitudes, ou du jour où l'on a cessé d'en jouir, lorsqu'il s'agit de servitudes discontinues, ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude, lorsqu'il s'agit de servitudes continues.

Article 708 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Le mode de la servitude peut se prescrire comme la servitude même, et de la même manière.

Article 709 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Si l'héritage en faveur duquel la servitude est établie appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous.

Article 710 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Si, parmi les copropriétaires, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, comme un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres.



Code civil

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers

Chapitre Ier : Des servitudes qui dérivent de la situation des lieux

Article 640 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les fonds inférieurs sont assujettis envers ceux qui sont plus élevés à recevoir les eaux qui en découlent naturellement sans que la main de l'homme y ait contribué.

Le propriétaire inférieur ne peut point élever de digue qui empêche cet écoulement.

Le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave la servitude du fonds inférieur.

Article 641 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Modifié par Loi 1898-04-08 art. 1 Bulletin des lois, 12° s., B 1970, n° 34577

Tout propriétaire a le droit d'user et de disposer des eaux pluviales qui tombent sur son fonds.

Si l'usage de ces eaux ou la direction qui leur est donnée aggrave la servitude naturelle d'écoulement établie par l'article 640, une indemnité est due au propriétaire du fonds inférieur.

La même disposition est applicable aux eaux de sources nées sur un fonds.

Lorsque, par des sondages ou des travaux souterrains, un propriétaire fait surgir des eaux dans son fonds, les propriétaires des fonds inférieurs doivent les recevoir ; mais ils ont droit à une indemnité en cas de dommages résultant de leur écoulement.

Les maisons, cours, jardins, parcs et enclos attenants aux habitations ne peuvent être assujettis à aucune aggravation de la servitude d'écoulement dans les cas prévus par les paragraphes précédents.

Les contestations auxquelles peuvent donner lieu l'établissement et l'exercice des servitudes prévues par ces paragraphes et le règlement, s'il y a lieu, des indemnités dues aux propriétaires des fonds inférieurs sont portées, en premier ressort, devant le juge du tribunal d'instance du canton qui, en prononçant, doit concilier les intérêts de l'agriculture et de l'industrie avec le respect dû à la propriété.

S'il y a lieu à expertise, il peut n'être nommé qu'un seul expert.

Article 642 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Modifié par Loi 1898-04-08 art. 1 Bulletin des lois, 12° S., B 1970, n° 34577

Celui qui a une source dans son fonds peut toujours user des eaux à sa volonté dans les limites et pour les besoins de son héritage.

Le propriétaire d'une source ne peut plus en user au préjudice des propriétaires des fonds inférieurs qui, depuis plus de trente ans, ont fait et terminé, sur le fonds où jaillit la source, des ouvrages apparents et permanents destinés à utiliser les eaux ou à en faciliter le passage dans leur propriété.

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=42FE646D1302615A7760D2C13004B...> 23/05/2011

Détail d'un code

Il ne peut pas non plus en user de manière à enlever aux habitants d'une commune, village ou hameau, l'eau qui leur est nécessaire ; mais si les habitants n'en n'ont pas acquis ou prescrit l'usage, le propriétaire peut réclamer une indemnité, laquelle est réglée par experts.

Article 643 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Modifié par Loi 1898-04-08 art. 1 Bulletin des lois, 12^e S., B. 1970, n° 34577

Si, dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leurs cours naturel au préjudice des usagers inférieurs.

Article 644 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Celui dont la propriété borde une eau courante, autre que celle qui est déclarée dépendance du domaine public par l'article 538 au titre " De la distinction des biens ", peut s'en servir à son passage pour l'irrigation de ses propriétés.

Celui dont cette eau traverse l'héritage peut même en user dans l'intervalle qu'elle y parcourt, mais à la charge de la rendre, à la sortie de ses fonds, à son cours ordinaire.

Article 645 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

S'il s'élève une contestation entre les propriétaires auxquels ces eaux peuvent être utiles, les tribunaux, en prononçant, doivent concilier l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété ; et, dans tous les cas, les règlements particuliers et locaux sur le cours et l'usage des eaux doivent être observés.

Article 646 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Tout propriétaire peut obliger son voisin au bornage de leurs propriétés contiguës. Le bornage se fait à frais communs.

Article 647 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Tout propriétaire peut clore son héritage, sauf l'exception portée en l'article 682.

Article 648 En savoir plus sur cet article... Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Le propriétaire qui veut se clore perd son droit au parcours et vaine pâture en proportion du terrain qu'il y soustrait.



Code civil

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers

Chapitre II : Des servitudes établies par la loi

Article 649 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale, ou l'utilité des particuliers.

Article 650 En savoir plus sur cet article...

Modifié par Ordonnance n°2006-460 du 21 avril 2006 - art. 3 JORF 22 avril 2006 en vigueur le 1er juillet 2006

Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marchepied le long des cours d'eau domaniaux, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux.

Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers.

Article 651 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

La loi assujettit les propriétaires à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre, indépendamment de toute convention.

Article 652 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Partie de ces obligations est réglée par les lois sur la police rurale ;

Les autres sont relatives au mur et au fossé mitoyens, au cas où il y a lieu à contre-mur, aux vues sur la propriété du voisin, à l'égout des toits, au droit de passage.

Section 1 : Du mur et du fossé mitoyens

Section 2 : De la distance et des ouvrages intermédiaires requis pour certaines constructions

Section 3 : Des vues sur la propriété de son voisin

Section 4 : De l'égout des toits

Section 5 : Du droit de passage

Code civil

- ▶ Livre II : Des biens et des différentes modifications de la propriété
- ▶ Titre IV : Des servitudes ou services fonciers
- ▶ Chapitre III : Des servitudes établies par le fait de l'homme

Section 1 : Des diverses espèces de servitudes qui peuvent être établies sur les biens

Article 686 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public.

L'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titre, par les règles ci-après.

Article 687 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes sont établies ou pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre.

Celles de la première espèce s'appellent "urbaines", soit que les bâtiments auxquels elles sont dues soient situés à la ville ou à la campagne.

Celle de la seconde espèce se nomment "rurales".

Article 688 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes sont ou continues, ou discontinues.

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égouts, les vues et autres de cette espèce.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pacage et autres semblables.

Article 689 En savoir plus sur cet article...

Créé par Loi 1804-01-31 promulguée le 10 février 1804

Les servitudes sont apparentes ou non apparentes.

Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc.

Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds, ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée.

INFORMATION-JURIDIQUE.COM

Droit : Servitude et droit de passage

La servitude est définie par l'article 637 du Code civil comme une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire.

Quelques observations d'ensemble de la notion même de servitude s'imposent avant toute étude plus précise.

Ainsi, à première vue, la servitude serait un droit pour un propriétaire sur un autre pour pouvoir jouir utilement de son fonds (il est exclusivement question des immeubles donc). En fait, il faut garder à l'esprit que la servitude est attachée au fonds du propriétaire et que ce dernier ne fait *qu'exprimer le droit de son fonds*, appelé fonds dominant, sur un autre fonds, appelé fonds servant. C'est pourquoi en cas d'aliénation de l'un ou l'autre fonds, la servitude n'est pas conservée par l'ancien propriétaire mais continue de servir ou de peser sur le fonds en question.

La servitude n'impose jamais d'obligation de faire au propriétaire du fonds servant, elle peut l'obliger à subir l'action du propriétaire du fonds dominant (servitude affirmative, laisser passer son voisin par exemple) ou l'empêcher d'utiliser son droit de propriété dans sa totalité (servitude négative, ne pas construire par exemple).

En outre, la servitude n'a pour but que l'utilité du fonds. Elle sert simplement à permettre au propriétaire de pouvoir l'utiliser dans des conditions « normales ». C'est pourquoi son objet ne pourra jamais être un droit personnel pour le propriétaire (chasser, promener...) mais restera réel, attaché à la chose.

A cet égard, précisons que l'utilité peut être privée (pour l'usage d'un fonds par un particulier) ou publique (au service du domaine public).

Enfin, il convient de préciser que les servitudes peuvent être établies de trois manières pour le Code civil mais pouvant être ramenées à deux catégories : celles établies par la loi (du fait de la configuration des lieux ou purement légales) et celles établies par le fait de l'homme (par convention par exemple).

Le droit de passage est une servitude et est régi par les articles 582 à 585-1 du Code civil. Il conviendra d'étudier la notion même de droit de passage (I), avant d'en étudier son régime(II).

Qu'est ce qu'un droit de passage ?**La nature du droit de passage**

Le droit de passage permet au propriétaire du fonds dominant de « passer » sur le fonds servant de manière à rejoindre sa propriété dans les meilleures conditions. Il lui permet, dans l'autre sens, de pouvoir en sortir.

LA loi ne prend alors en compte que l'intérêt du propriétaire du fonds dominant dans la mesure où ce droit ne fait qu'altérer la propriété du fonds servant.

Ainsi, au regard des critères définis plus haut, le droit de passage est une servitude d'utilité privée puisqu'elle permet l'accès au fonds pour un particulier.

C'est une servitude affirmative car le propriétaire du fonds servant doit subir l'activité (le passage) du propriétaire du fonds dominant.

Enfin, c'est une servitude établie par la loi, bien que les propriétaires en questions puissent en modifier les modalités par convention

Les conditions du droit de passage**Entre fonds voisins quelconques**

La loi impose que le propriétaire du fonds dominant ait un fonds enclavé pour qu'il puisse bénéficier du droit de passage. Ainsi, le propriétaire ne doit avoir sur la voie publique aucune issue ou une issue limitée.

Il est intéressant de relever à cet égard que la loi n'impose pas une impossibilité. Si l'accès au fonds est possible, mais qu'il n'est pas adéquat, trop long, trop périlleux... un droit de passage peu être réclamé de manière à avoir un accès le plus court possible à la voie publique.

La seule prise en considération du fonds servant réside en ce que la loi impose que le passage se fasse à l'endroit le moins dommageable pour celui-ci.

Bien sûr, lorsque l'impossibilité ou la limitation de l'accès cesse, les conditions légales n'étant plus remplies, le droit de passage s'éteint automatiquement.

Entre fonds voisins issus d'une division d'un fonds initial

Dans ce cas, la loi impose en priorité que le droit de passage s'exerce sur les fonds qui sont issus de la division et n'autorise que subsidiairement le droit de passage sur un fonds tiers à l'opération (un fonds voisin du fonds initial divisé par la suite).

Quelles sont les conséquences du droit de passage ?

Une desserte complète du fonds dominant

La desserte du fonds dominant sera effectuée par le trajet définis soit par les propriétaires en causes, soit par le juge en cas de désaccord.

La complétude de la desserte peut aller de soi pour une personne lambda rejoignant son habitation avec sa voiture personnelle.

Ceci dit, il faut garder à l'esprit que le droit de passage peut être accordé à une entreprise, une exploitation et la complétude engendre un droit de passage adapté aux besoins de ces propriétaires.

C'est alors que la précision légale selon laquelle le droit de passage doit se faire avec le moins de dommage possible pour le fonds servant prend tout son sens mais aussi et surtout l'indemnité qui est due par le propriétaire du fonds dominant du fait de ce droit de passage.

Une indemnité au profit du fonds servant

Malgré l'obligation légale de causer le moins de dommage possibles, il est clair qu'un droit de passage peut engendrer des conséquences dommageables quelles que soient ses modalités. A la différence de la servitude de vue par exemple, le droit de passage n'apporte rien au fonds servant (le régime de la servitude de vue lui permet un accès à la lumière).

C'est pourquoi la loi a prévu que le propriétaire du fonds dominant, en cas de dommage causé au fonds servant était tenu de verser une indemnité au propriétaire du fonds servant.

Cette indemnité est librement déterminée par les propriétaires en question et, en cas de désaccord, c'est le juge qui en fixera les modalités (montant, paiement en capital, paiement échelonné...).

Attention à la prescription pour réclamer le paiement de cette indemnité. Elle est de 30 ans à compter du non paiement.

Conclusion

La servitude de passage est donc un exemple d'asservissement pur d'un fonds à un autre. C'est pourquoi la loi a prévu une indemnité pour réparer artificiellement le préjudice subi par le propriétaire du fonds servant.

Nous précisons que l'ensemble de ces dispositions peuvent être contournées par l'accord des propriétaires sur des modalités de passage qu'ils pourraient juger plus à propos entre leurs fonds. Il est évident que c'est un acte grave dans la mesure où cette servitude demeurera attachée aux fonds par la suite et pour les propriétaires futurs. C'est pourquoi, notamment, cet accord doit faire l'objet d'une publicité à la conservation des hypothèques.

Par **Florian Medico** intervenant pour Information-juridique.com

Article sur le [Droit civil & familial](#) publié le 24/08/2009.

Vendredi 20 Mai 2011



Carrefour Local Senat.fr

Le site du Sénat, point de rencontre des acteurs locaux



Documents

Thèmes

Espace Jeunes

Partails

Avis

Servitudes de passage pesant sur les propriétés privées concernées par le développement des activités de loisirs et du « tourisme-nature »

1er octobre 2006

Le développement des activités de loisirs soulève le problème de la conciliation entre deux droits fondamentaux : la liberté d'aller et venir et le droit de propriété.

1 / PRINCIPE DE L'EXCLUSIVITE DE LA PROPRIETE PRIVEE

Le droit de propriété, « inviolable et sacré » selon la Déclaration de l'homme et du citoyen de 1789, n'admet de limitation que « lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment. ».

Ce droit est protégé aux plans pénal et civil :

Sur le plan pénal, l'intrusion dans une propriété privée est sanctionnée dans deux hypothèses :

- d'une part, en cas de violation de domicile, ce qui ne vise que les lieux qui servent de demeure et implique le recours à la violence (article 226-4 du nouveau code pénal) ;
- d'autre part, en cas de passage sur un terrain cultivé, préparé ou ensemencé (art. R. 635-1 dudit code).

Surtout, toute atteinte au droit de propriété, même minime, peut faire l'objet d'une réparation civile.

Tel est le cas lorsqu'il y a empiètement, même si celui-ci a une très faible importance. Mais l'empiètement implique une prise de possession. Ce n'est pas le cas lorsqu'une personne, un promeneur par exemple, s'aventure sur une propriété privée. S'il n'a pas franchi de clôture, il aura alors fait un usage inoffensif de la chose d'autrui. Faute d'intérêt dans l'action, le propriétaire ne saurait lui réclamer de dommages-intérêts. De telles actions font en général l'objet d'une d'indemnisation symbolique.

2 / LIMITES A L'EXCLUSIVITE DU DROIT DE PROPRIETE

Le caractère exclusif de la propriété connaît plusieurs limites. Certaines peuvent être rattachées à l'idée de nécessité, d'autres sont librement consenties par le propriétaire.

a) les servitudes légales

- la servitude de passage instituée par l'article 682 du Code civil au profit du fonds enclavé est un droit qui ne peut être utilisé que par l'occupant du fonds - qui pourra ainsi rejoindre la voie publique, au besoin, en obtenant la destruction du mur qui lui interdit le passage (C. Cass. 2e civ., 26 oct. 1988) ;

CODE CIVIL

Article 682

Le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a sur la voie publique aucune issue, ou qu'une issue insuffisante, soit pour l'exploitation agricole, industrielle ou commerciale de sa propriété, soit pour la réalisation d'opérations de construction ou de lotissement, est fondé à réclamer sur les fonds de ses voisins un passage suffisant pour assurer la desserte complète de ses fonds, à charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner.

- les servitudes administratives - qu'il s'agisse des servitudes d'utilité publique directement instituées par la loi ou des servitudes d'urbanisme dont l'applicabilité est subordonnée à leur publication en annexe du plan d'occupation des sols- permettent au contraire d'assurer le libre passage commun (voir infra).

b) les conventions

Si la nécessité peut limiter les droits des propriétaires contre leur gré, ceux-ci peuvent aussi accepter l'utilisation collective de leurs biens. Les voies privées peuvent ainsi être ouvertes au public.

http://carrefourlocal.senat.fr/vie_locale/cas_pratiques/servitudes_de_passage_pesant_/index.html

La jurisprudence admet que toute voie est publique dès lors que les propriétaires n'ont pas empêché le public de s'y introduire (Cass. crim. 7 juill. 1854).

Les autorités administratives ont alors les mêmes pouvoirs de police que sur les voies publiques (CE 18 juill. 1919, Magnier) et peuvent en outre imposer des travaux d'entretien aux copropriétaires ou les exécuter pour leur compte.

L'exemple des propriétés privées forestières est significatif.

A cet égard on a pu souligner « l'importante évolution psychologique... à l'égard de pratiques traditionnellement considérées comme des atteintes au droit de propriété » (Y. Prats, L'ouverture des forêts au public citadin : AJDA 1979). Théoriquement le propriétaire peut rendre l'accès à la forêt onéreux ; mais sauf à clore sa propriété, il n'en a souvent pas les moyens.

Aussi les pouvoirs publics ont-ils prévu une politique contractuelle d'aide aux forestiers. L'article L. 130-5 du Code de l'urbanisme prévoit la passation de conventions d'ouverture au public des bois privés par les communes qui peuvent allouer des subventions d'entretien et assurer les frais de gardiennage; de même, la loi 75-602 du 10 juillet 1975 créant le Conservatoire national du littoral a autorisé les départements à conclure les mêmes conventions pour les forêts littorales.

L'Office national des forêts, pour les forêts qu'il gère, a passé de nombreuses conventions ayant pour objet la location du droit de promenade ; celles-ci ont été conclues avec les collectivités territoriales, les propriétaires de forêts privées et les associations.

CODE DE L'URBANISME

Art.L.130-5

Les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent passer avec les propriétaires de bois, parcs et espaces naturels des conventions tendant à l'ouverture au public de ces bois, parcs et espaces naturels. Dans le cas où les bois, parcs et espaces naturels sont situés dans des territoires excédant les limites territoriales de la collectivité contractante ou du groupement, le projet est soumis pour avis à la ou aux collectivités intéressées ou à leur groupement. Cet avis est réputé favorable si un refus n'est pas intervenu dans un délai de trois mois. Dans ce cadre, ces collectivités peuvent prendre en charge tout ou partie du financement des dépenses d'aménagement, d'entretien, de réparation et des coûts d'assurances nécessités par l'ouverture au public de ces espaces.

Les conventions peuvent également prévoir le versement au propriétaire d'une rémunération pour service rendu.

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent passer, dans les mêmes conditions, des conventions pour l'exercice des sports de nature, notamment en application du titre III du code du sport. Les mêmes dispositions sont applicables au conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres dans les territoires définis à l'article 1er de la loi n° 75-602 du 10 juillet 1975.

* *

Il convient de rappeler également que pour satisfaire les besoins exprimés par le public de disposer de routes de loisirs et de détente ou de chemin de randonnées, il est établi, par département, après avis des communes intéressées, un plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée pédestre (Loi n°83-663 du 22 juillet 1983).

L'établissement de ce plan est obligatoire et il peut comprendre, selon le choix du Conseil général, différents types de randonnées non motorisée ; tous les itinéraires, quel que soit leur statut, sont susceptibles d'être intégrés dans le plan (chemins ruraux, chemins ou sentiers appartenant à l'État, à d'autres personnes publiques ou à des personnes privées aux termes de conventions). La loi n'a pas fixé de délai pour l'établissement de ces plans. Une circulaire du 30 août 1988 a précisé la procédure d'établissement du plan départemental, qui doit être adopté par délibération du Conseil général.

Les « chemins de randonnée » peuvent emprunter les voies publiques de l'État et des collectivités locales affectées en raison de leur nature à la circulation publique, de manière à faciliter la continuité de cheminement entre deux tronçons de voirie plus adaptée à la promenade et à la randonnée que les voies de ce type, les piétons devant alors respecter le Code de la route.

Mais ils peuvent aussi emprunter les voies privées des collectivités publiques, notamment les chemins ruraux, définis par l'article L. 161-1 du Code rural.

CODE RURAL

Article L 161-1

Les chemins ruraux sont les chemins appartenant aux communes, affectés à l'usage du public, qui n'ont pas été classés comme voies communales. Ils font partie du domaine privé de la commune.

Article L 161-2

L'affectation à l'usage du public est présumée, notamment par l'utilisation du chemin rural comme voie de passage ou par des actes réitérés de surveillance ou de voirie de l'autorité municipale.

La destination du chemin peut être définie notamment par l'inscription sur le plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée.

Article L 161-3

Tout chemin affecté à l'usage du public est présumé, jusqu'à preuve du contraire, appartenir à la commune sur le territoire de laquelle il est situé.

Article L 161-4

Les contestations qui peuvent être élevées par toute partie intéressée sur la propriété ou sur la possession totale ou partielle des chemins ruraux sont jugées par les tribunaux de l'ordre judiciaire.

Article L. 161-5

L'autorité municipale est chargée de la police et de la conservation des chemins ruraux.

L'instauration d'une servitude au profit des randonneurs constitue l'une des craintes souvent manifestées par les propriétaires. Une convention peut être conclue entre les associations de randonnées et des propriétaires privés ; un modèle de convention, élaboré par la FFRP-GNSGR, dispose que « l'accès à travers le domaine n'entraînera aucun droit de passage quelconque et ne présentera aucun des caractères qui seraient nécessaires pour la création d'une servitude ».

En tout état de cause, le passage constituant seulement un acte de tolérance exercé avec la permission, expresse ou tacite, du propriétaire du fonds, entache la possession de précarité, qui ne peut fonder une prescription acquisitive de servitude.

Notions sur les servitudes

I Les sources du droit :

Les servitudes trouvent leur source principalement dans le Code Civil (art. 637 à 710) dans un titre intitulé "*Des servitudes ou Services Fonciers*", mais également dans des textes spéciaux (Code de l'Urbanisme, le Code Forestier, le Code Rural, le Code de la Santé Publique ...) qui ont créé des servitudes.

Les servitudes ont enfin pour source des usages locaux constants et reconnus notamment en matière de distance des plantations, comme le prévoit expressément l'art. 671 du Code Civil.

II Définition des servitudes :

Les servitudes sont définies par l'art. 637 du Code Civil qui précise:

" Une servitude est une charge ... imposée sur un héritage ... (immeuble bâti ou non bâti) pour l'usage ou l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire".

La servitude est donc une charge pour l'immeuble qu'elle frappe (*le fonds servant*) et un avantage pour l'immeuble qui en bénéficie (*le fonds dominant*).

En conséquence, pour qu'il y ait servitude, il faut qu'il y ait deux immeubles appartenant à des propriétaires différents sans pour autant que les deux immeubles soient contigus.

Exemple: en matière de servitude du puisage, de passage d'extraction, d'écoulement des eaux, de lignes électriques, etc. ... les immeubles ne sont pas nécessairement contigus.

Cette définition des servitudes appelle trois observations :

1° Il ne peut y avoir servitude au sens juridique du terme s'il n'y a pas une charge imposée sur l'immeuble lui-même pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble.

La Cour de Cassation a d'ailleurs jugé qu'une charge, qui ne procurerait aucun avantage au fonds dominant, ne saurait constituer une servitude.

2° La servitude doit être pour l'usage et l'utilité d'un autre immeuble.

On y assimile l'agrément car tant la doctrine que la jurisprudence considèrent avec libéralité la notion d'utilité mentionnée dans le Code.

Exemple : une servitude de prospect assurant au propriétaire voisin une vue libre, constitue pour le fonds dominant un agrément et non pas une utilité au sens strict. Il s'agit pourtant d'une servitude.

Il n'est pas nécessaire que l'usage, l'utilité ou l'agrément soit *actuel* pour créer une servitude.

Exemple : dans le cadre des terrains à construire, on peut créer des servitudes dans l'éventualité d'une construction.

3° Pour que la charge constitue une servitude, il ne faut pas qu'elle soit imposée à la personne ou en faveur de la personne propriétaire du bien, mais seulement à un immeuble pour un autre immeuble.

Une clause intitulée servitude pourra être requalifiée si cette notion de charge d'immeuble n'existe pas.

En matière de servitude légale d'utilité publique, la notion de fonds dominant et de fonds servant n'existe pas, puisque celle-ci frappe uniquement un immeuble dans un intérêt public en application d'un texte légal sans se soucier de l'utilité ou de l'avantage d'un fonds voisin.

III Nature de la servitude :

Les servitudes constituent un droit réel immobilier accessoire du droit de propriété.

Ce droit ne doit d'aucune façon être confondu avec l'usufruit, ou le droit d'usage et d'habitation qui sont quelques fois qualifiés de "servitudes personnelles".

La grande différence vient du fait que les servitudes réelles grèvent la propriété ou lui profitent alors que les droits d'usufruit, d'usage et d'habitation sont attachés à la personne de leur bénéficiaire et disparaissent avec elle.

Les servitudes sont tellement liées à l'immeuble qu'elles ne peuvent être constituées ou modifiées conventionnellement que par un *acte authentique*, c'est-à-dire par un acte notarié.

Elles suivent les immeubles dont elles dépendent en cas de vente, de saisie ou d'expropriation et il n'est donc pas possible à un propriétaire de vendre son bien en se réservant l'usage d'une servitude lui profitant.

Une autre conséquence attachée au caractère de droit réel de la servitude est que le refus de souffrir l'exercice d'une servitude par le propriétaire du fonds servant ne se résout pas en dommages-intérêts, mais en obligation de faire assortie éventuellement d'une astreinte.

Les servitudes sont dites actives lorsqu'il s'agit du fonds dominant et sont dites passives en ce qui concerne le fonds servant qui les supporte.

IV Les immeubles pouvant être grevés par une servitude :

L'art. 637 du Code Civil précise que les servitudes peuvent être établies sur des héritages. Cette expression s'applique à tous les immeubles bâtis ou non bâtis, faisant l'objet d'une propriété privée.

En droit public, une règle d'ordre public impose que le domaine public soit "*inaliénable et imprescriptible*", de sorte que même si des droits peuvent être conférés sur cette catégorie de biens, ces droits ne peuvent être assimilés à de véritables servitudes.

Par contre, les immeubles dépendant du domaine privé de l'État ou des collectivités locales, peuvent être grevés comme les biens privés de servitude au sens de l'art 637 du code civil.

A la frontière du domaine public et de la propriété privée, nous trouvons les monuments historiques classés. Ceux-ci sont en principe la propriété de particuliers, mais ils ne peuvent être grevés de servitude conventionnelle sans l'autorisation de l'administration en vertu d'une loi du 31 décembre 1913.

Par contre les terrains privés destinés à être incorporés au domaine public peuvent, dans le contrat de vente, faire l'objet d'une servitude au profit du vendeur.

V Caractères et classification des servitudes :

A) Les servitudes continues et discontinues :

Sur le plan juridique, l'on distingue les servitudes continues et les servitudes discontinues.

- Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continu sans avoir besoin du fait actuel de l'homme (art. 688 alinéa 2 du Code Civil).

Exemple : une conduite d'eau, un égout, une vue.

De telles servitudes s'acquièrent par un titre ou par la possession trentenaire lorsqu'elles sont apparentes.

Si elles ne sont pas apparentes, elles ne peuvent s'établir que par le titre.

- Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées (art. 688 alinéa 3 du Code Civil).

De telles servitudes tels que le droit de passage, le droit de puisage ne peuvent s'établir que par titre qu'elles soient ou non apparentes (art. 691 du Code Civil).

L'on considère qu'une servitude est apparente, lorsqu'elle peut être reconnue par des ouvrages extérieurs (art. 689 alinéa 2).

Par opposition, les servitudes non apparentes ou occultes sont celles qui n'ont pas de signes extérieurs de leur existence et qui sont invisibles

Exemple : l'interdiction de construire.

Toutes ces servitudes sont, soit actives, vues par le propriétaire du fond dominant qui en est bénéficiaire, soit passives vues par le propriétaire du fonds servant qui les supporte.

B) La classification des servitudes :

Le Code Civil dans son art. 639 mentionne trois grandes catégories de servitude.

- Les servitudes découlant de la situation naturelle des lieux.
Exemple : la servitude d'écoulement des eaux, les sources, les rivières, l'irrigation, le bornage, les clôtures.
- Les servitudes imposées par la loi.
Ces dernières ont pour objet l'utilité publique ou communale, voir l'utilité des particuliers. Celles qui sont établies pour l'utilité publique résultent des lois et règlements particuliers.

Exemple: la servitude de halage, de réparation des ouvrages publics ont un caractère d'utilité pour les particuliers, les servitudes de mitoyenneté et de respect de distance des constructions, de vue, d'égout, d'état, de droit de passage en cas d'enclave.

- Les servitudes établies par le fait de l'homme.

Ce sont les servitudes établies par des conventions entre propriétaire qui sont aussi appelées servitudes conventionnelles.

Exemple : une convention pour l'établissement d'une servitude de passage non réglementée par la loi, ou pour l'interdiction de construire.

Ces servitudes ne peuvent exister que si elles ne sont pas contraires à l'ordre public.

Exemple : Elles ne peuvent violer le principe de la libre circulation des biens, en instituant une inaliénabilité perpétuelle.

C) Les obligations en cas de vente d'un immeuble grevé d'une servitude :

L'art. 1638 du Code Civil rend obligatoire pour le vendeur, la déclaration des servitudes non apparentes ou occultes dans le contrat de vente.

En cas de non respect de cette obligation, l'acquéreur non informé pourra demander, soit la résiliation du contrat, soit des dommages-intérêts en établissant toutefois que les servitudes non apparentes sont de telle importance qu'il n'aurait pas acheté s'il les avait connues.

La jurisprudence a étendu l'obligation du vendeur en l'obligeant à révéler dans la mesure de ses moyens d'information, des servitudes non apparentes d'origine administratives et légales, telles les servitudes d'urbanisme.

VI Création, exercice et disparition de la servitude :

Seules seront examinées les servitudes conventionnelles dont la création est permise par l'art. 686 du Code Civil puisque la naissance et la mort des servitudes légales sont propres à chaque servitude et il convient de se référer aux textes qui les réglementent.

A) Création :

La création d'une servitude est permise sous réserve qu'elle ne soit pas imposée à la personne, ni en faveur d'une personne (ce ne serait plus une servitude) mais à un immeuble et pour un autre immeuble, et surtout qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public.

Exemple : on ne peut conventionnellement modifier une servitude légale instituée dans l'intérêt public.

Pour que l'acte passé, puisse créer une véritable servitude génératrice d'un droit réel de nature immobilière, il ne faut en aucun cas qu'elle constitue une obligation personnelle du propriétaire envers un autre propriétaire.

Les tribunaux sont souvent amenés à interpréter la nature des conventions pour déterminer si cette convention devait ou non donner naissance à une servitude.

Si l'on synthétise la jurisprudence, pour qu'il y ait servitude, il faut que :

- il existe un rapport de nature entre l'objet de la servitude et l'usage du fonds dominant,
- le service créé doit être en relation directe et immédiate avec l'usage et l'exploitation habituelle du fonds.

Le pouvoir souverain du Juge ne doit en aucun cas dénaturer les conventions. Celui-ci doit rechercher le but poursuivi plutôt que l'intention des parties.

En principe, il y a servitude lorsque la convention fait supporter un service ou une charge à un immeuble sans nécessiter l'intervention active de son propriétaire au profit de l'autre immeuble pour l'utilité économique de celui-ci ou pour un quelconque avantage d'exploitation.

Ainsi on été considérées comme constituant des servitudes, les conventions tendant à :

- interdire au propriétaire voisin d'une église de ne pas donner à son immeuble un usage de dancing,
- autoriser un propriétaire à abattre du bois pour chauffer une maison,
- utiliser un pressoir commun,
- extraire des pierres et matériaux pour l'exploitation d'une fabrique de porcelaine.

Par contre, malgré la qualification donnée au contrat, il a été jugé que ne constituaient pas des servitudes les conventions tendant à :

- la fourniture à perpétuité de vin à l'une des parties
- l'obligation de reconstruire une façade en pierre de taille

Ces obligations constituent des charges et non des servitudes.

En tous les cas, aucune convention ne peut porter atteinte à l'ordre public, de sorte que :

- une servitude perpétuelle d'inaliénabilité serait nulle
- une servitude contraire aux effets d'une servitude administrative serait également nulle
- une servitude contraire aux règles de Police serait sans effet

Pour créer une servitude qui est donc un droit réel, immobilier, il convient que les parties aient la capacité juridique, c'est-à-dire une capacité qui leur permet notamment de vendre ou d'acheter un bien immobilier.

Exemple : l'usufruitier seul ou le nu-proprétaire seul ne peut séparément conférer des servitudes sur le bien affecté à leur jouissance ou à leur propriété. Il pourrait par contre le faire d'un commun accord.

Si dans le cas d'une indivision, un des indivisaires constituait une servitude sur le fonds indivis, celle-ci ne serait pas nulle, mais son exercice serait suspendu jusqu'au jour où le consentement de l'ensemble des indivisaires serait obtenu ou jusqu'au moment ou par suite de licitation ou de partage, l'immeuble serait devenu la propriété de l'indivisaire qui l'a créée.

Lorsqu'un immeuble est hypothéqué, le propriétaire peut constituer une servitude, mais celle-ci sera inopposable au créancier hypothécaire qui en cas de saisie pourrait exiger de mentionner dans le cahier des charges que l'immeuble gagé est libre de servitude.

B) Toutes les servitudes peuvent être établies ou aménagées ou modifiées par titre :

Le titre est un acte juridique écrit, en principe conventionnel, mais il pourrait aussi résulter d'un jugement constitutif de la servitude. A ce titre doit être intervenu le propriétaire du fonds servant ou ses auteurs, à défaut la servitude lui serait inopposable car le fondement de la servitude conventionnelle doit se trouver dans les titres de propriété du fonds servant.

De plus, pour être opposable aux tiers, l'acte constitutif de servitude doit être authentique, c'est-à-dire reçu par un notaire. Il est toutefois possible qu'un acte sous seing privé soit converti en acte authentique en le déposant aux minutes d'un notaire avec reconnaissance d'écriture et de signature, et publication au Livre Foncier.

En cas de contestation sur le titre, les Juges doivent rechercher la commune intention des parties plutôt que de s'attacher au sens littéral des termes. L'art. 695 du Code Civil prévoit que le titre constitutif de servitude à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récognitif émanant du propriétaire du fonds asservi.

Un titre récognitif est un acte par lequel on reconnaît ou on ratifie un droit ou une obligation antérieure en rappelant le titre constitutif qui l'a créé dont l'original est perdu. Un tel titre ne peut produire le même effet que le titre constitutif d'origine perdu qu'en ce qui concerne les servitudes continues non apparentes ou les servitudes discontinues. Il doit consacrer d'une manière certaine l'existence des servitudes sans pour autant reproduire littéralement le titre égaré. Il s'agit d'une sorte d'aveu fait par le propriétaire du fonds servant sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'acceptation du propriétaire du fonds dominant, et d'autre part les conditions de l'art. 1337 du Code Civil ne sont pas nécessaires pour la validité du titre récognitif prévu par l'art. 695 du Code Civil.

Si les servitudes légales d'intérêt privé n'ont pas à être publiées pour être opposables aux tiers, un acte fixant conventionnellement l'assiette et le mode d'exercice d'une servitude légale, doit être publié au Bureau des Hypothèques pour être opposé à un tiers acquéreur de l'immeuble grevé de la servitude. Seules les servitudes à la fois continues et apparentes peuvent s'acquérir par la prescription, c'est-à-dire par la possession de 30 ans.

Par contre, les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes et non apparentes, ne peuvent s'établir que par titre. Toutefois, l'acquisition de servitude par prescription ne s'applique pas aux immeubles inaliénables, (tels que les biens dotaux lorsqu'ils existaient) et aux

immeubles du domaine public ou aux immeubles classés comme monuments historiques au site classé.

La prescription trentenaire commence à courir dès l'achèvement des ouvrages extérieurs permanents qui ont rendu la servitude apparente.

Pour prescrire, il faut d'après le droit commun (art. 2261 du Code Civil) que la possession soit à la fois :

- continue et non interrompue
- paisible, publique et non équivoque
- et à titre de propriétaire de la servitude

L'usage à titre précaire ou de tolérance ne peut être considéré pour valoir possession comptant pour déterminer la prescription trentenaire.

De plus, la possession ne doit pas être contraire à l'ordre public ni résulter d'actes de violence. Les servitudes à la fois continues et apparentes, peuvent être établies par la destination du père de famille en application de l'art. 682 du Code Civil. Il ne peut y avoir destination du père de famille que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.

Le bénéficiaire d'une telle servitude n'a pas à justifier de titre constitutif dès l'instant que les conditions posées par l'art. 693 sont remplies.

L'art. 694 du Code Civil stipule que si le propriétaire de deux immeubles entre lesquels il existe un parent de servitude, dispose de l'une des propriétés sans que le contrat ne contienne aucune convention relative à la servitude, celle-ci continue d'exister activement ou passivement en faveur de la propriété aliénée ou sur la propriété aliénée.

Cette disposition est applicable aux servitudes discontinues apparentes. Pour en profiter, il convient de justifier que l'acte juridique de séparation ne contient aucune clause contraire à l'existence de la servitude réclamée, et le Juge doit obligatoirement constater cette absence de clause contraire.

Exemple : servitude de passage, d'abreuvoir, d'égout.

La notion de destination du père de famille implique nécessairement une séparation de propriété quelle qu'en soit la cause. S'il est nécessaire que les deux propriétaires aient eu originellement le même propriétaire, il n'est pas nécessaire qu'elle soit contiguë.

L'état de fait révélant l'existence de la servitude doit émaner du propriétaire commun d'origine et exister au moment de la division des deux fonds. C'est au propriétaire qui conteste l'existence de cette servitude de faire la preuve d'une convention contraire faisant échec à la destination du bon père de famille.

L'acquisition d'une servitude par destination du père de famille n'est pas soumise aux formalités de publicité foncière, l'état de fait apparent la rend opposable aux tiers.

L'usage et l'étendue des servitudes conventionnelles se règlent par le titre, c'est-à-dire par l'acte qui le constitue. A défaut de titre ou dans le silence de celui-ci, il convient de s'en rapporter aux règles établies par le Code Civil.

Si pour les servitudes légales d'ordre privé, c'est la loi qui en détermine l'usage et l'étendue, il n'est pas interdit de convenir de dérogation par accord mutuel des propriétaires intéressés. Bien entendu, de telles conventions ne peuvent être faites en ce qui concerne les servitudes légales d'utilité publique.

En cas de litige, les tribunaux apprécient les droits des parties en partant du titre. En cas d'insuffisance ou à défaut de titre, ce sont les règles du Code Civil qui sont appliqués sans y exclure l'examen des circonstances de fait permettant d'établir l'intention des parties ou la destination du bon père de famille.

En cas de doute, le Juge doit concilier l'avantage du fonds dominant avec le minimum d'inconvénient pour le fonds servant.

En application de l'art. 696 du Code Civil quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Cet article cite à titre d'exemple "*la servitude de puiser l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage*".

Ce principe est applicable également aux servitudes acquises par prescription ou par destination du père de famille. Il crée donc une servitude secondaire accessoire de la servitude conférée, et indissolublement lié à elle.

Le droit accessoire par l'art. 696 doit être nécessaire ce qui exclut le droit simplement utile.

En partant du même principe, l'art. 697 précise que : *“celui auquel est due une servitude a le droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver”*.

Là encore c'est la nécessité et non la simple utilité qui est appréciée. Les frais occasionnés par ces ouvrages incombent sauf convention contraire au propriétaire bénéficiaire de la servitude.

L'art. 702 du Code Civil interdit au bénéficiaire de la servitude de faire dans sa propriété, ou dans la propriété débitrice de la servitude aucun changement qui aggrave la condition de la propriété grevée. Une servitude ne peut donc être aggravée si ce n'est avec l'accord des intéressés.

Les tribunaux ont notamment jugé :

- que l'utilisation pour l'irrigation d'une simple prise d'eau concédée pour l'alimentation d'un vivier, violait la règle de l'art. 702,
- que l'utilisation d'une servitude de passage concédée pour accéder à pied à un jardin ne pouvait être aménagée pour l'usage des voitures,
- qu'une modification de la toiture ou d'un tuyau de descente était susceptible d'aggraver une servitude.

En cas de litige, les Juges sanctionnent l'auteur de la violation, soit en le condamnant à rétablir les lieux dans leur état primitif, soit à verser des dommages-intérêts, soit à subir ces deux contraintes ensemble.

L'art. 701 du Code Civil prévoit que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tend à en diminuer l'usage, ou à rendre cet usage plus incommode. Ainsi, il ne peut ni changer l'état des lieux, ni transporter l'usage de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée.

Le propriétaire de l'immeuble débiteur de la servitude, en application de l'art. 699, a la faculté d'abandonner sa propriété au propriétaire bénéficiaire de la servitude s'il veut s'affranchir des frais lui incombant d'après le titre pour les ouvrages nécessaires à l'usage et à la conservation de la servitude.

Cette faculté d'abandon est d'ordre public, et on ne peut donc y renoncer à l'avance. L'abandon n'a pas à être accepté par le propriétaire du fonds dominant, et ne peut être fait sans son consentement. Il suffira de lui signifier l'acte d'abandon, lequel devra être publié au Livre Foncier.

C) Les servitudes peuvent s'éteindre ou disparaître de quatre façons :

- Par l'impossibilité d'en user résultant de l'état des choses
- Par la confusion des fonds
- Par le non usage pendant 30 ans
- Par la renonciation

On pourrait y ajouter l'abandon, la résolution du titre de propriété grevé et la destruction du bien grevé.

Les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent dans un état tel qu'on ne peut plus en user selon l'art. 703 du Code Civil.

Cette cessation ne constitue pas toujours une extinction définitive, puisque l'art. 704 du Code Civil précise que les servitudes revivent si les choses sont rétablies de manière qu'on puisse en user, à moins qu'il ne se soit écoulé un espace de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude à savoir 30 ans.

Exemple : une source tarie rejallie à nouveau. Une servitude de vue disparaît avec le bâtiment qui en profitait, mais réapparaît en cas de construction nouvelle.

Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans une même main, car on ne peut avoir de servitude sur soi-même, et ce quelle que soit l'origine juridique de cette réunion (art. 705 du Code Civil).

Toutefois la réunion doit être définitive, irrévocable et totale, mais l'exercice d'une action résolutoire ferait le cas échéant renaître la servitude.

La servitude peut également être éteinte par non usage pendant 30 ans en vertu de l'art. 706 du Code Civil.

C'est le propriétaire de l'immeuble débiteur de la servitude qui doit faire preuve du non usage lorsqu'il s'agit d'une servitude continue basée sur un titre, et le propriétaire de l'immeuble bénéficiaire de la servitude doit justifier de l'exercice de la servitude discontinue ou la servitude continue non fondée sur un titre.

La cause du non usage n'a pas à être examinée, sauf si la nature même de la servitude imposait un délai pour en jouir.

La durée de la prescription peut être interrompue par un exercice intermittent de la servitude ou par une reconnaissance volontaire ou judiciaire de celle-ci ou encore la prescription peut être suspendue conformément au droit commun au profit des incapables.

Le point de départ du délai de 30 ans varie selon la nature des servitudes atteintes. Ainsi si la servitude est discontinue, le délai commencera à partir du jour où a été exécuté le plus récent acte d'exercice de cette servitude. Si la servitude est continue, le délai sera compté à partir du jour où un fait matériel empêche l'usage de celle-ci ou du jour où il a été fait un acte contraire à la servitude.

Le mode d'exercice de la servitude peut se prescrire contre la servitude elle-même et de la même manière. (art. 808 du Code Civil). Par conséquent, une servitude peut subsister partiellement alors que certains endroits y attachés sont atteints par la prescription par suite de non usage si celui-ci n'a pas été causé par l'état matériel des lieux modifiés par le propriétaire du fonds servant.

En cas d'indivision de la propriété bénéficiaire de la servitude, la jouissance de celle-ci par l'un des indivisaires empêche la prescription à l'égard de tous (art. 709 du code civil), tant que dure l'indivision.

Il est toujours possible aux parties de renoncer conventionnellement à une servitude.

Le propriétaire du fonds dominant peut renoncer expressément ou tacitement à la servitude lui profitant, mais comme il est de règle qu'une renonciation ne se présume pas, il est recommandé d'établir un acte authentique pour la constater et la publier au Livre Foncier afin de la rendre opposable au tiers.

Pour qu'une renonciation soit valable, la personne qui renonce doit avoir la capacité juridique d'aliéner. La renonciation est normalement faite à titre gratuit. Si celle-ci est accompagnée du versement d'une indemnité, on parle de rachat soumis aux règles du contrat de vente et l'acte doit être établi en la forme authentique et publié au Livre Foncier.

Dès lors que la servitude constitue un droit réel, immobilier, attaché au droit de propriété lui-même, la renonciation à une servitude ou la renonciation à une servitude, ne peut nuire aux droits des créanciers hypothécaires inscrits sur l'immeuble bénéficiaire de servitude s'ils n'ont pas donné leur consentement.

Pour la même raison, la résolution judiciaire du titre de propriété de celui qui a conféré une servitude, entraîne l'extinction de celle-ci, alors que la résolution du titre de la propriété bénéficiaire de la servitude, laisse subsister celle-ci. En effet, dans le premier cas une charge a été créée, alors que dans le second un avantage a été acquis.

Les servitudes disparaissent lorsque le propriétaire du fonds servant use de la faculté d'abandon de l'art. 699 du Code Civil pour ne pas participer aux frais des ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude.

Elles disparaissent également en cas de perte ou de destruction définitive du bien grevé ou d'expropriation pour cause d'utilité publique, en cas de résolution judiciaire du titre de propriété de l'immeuble si la servitude avait été conférée après la date du titre résolu.

Rapport 2004

Les servitudes dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation (par M. Laurent Jacques, conseiller référendaire à la Cour de cassation)

Le droit des servitudes souffre d'un certain discrédit, la servitude étant souvent considérée comme une institution ancestrale et vétuste, répondant plus aux préoccupations d'un monde rural qu'aux nécessités d'une société urbanisée.

Demolombe observait au XIX^e siècle que si les servitudes, à raison même de leur perpétuité et de leur grand nombre, pouvaient être considérées comme l'une des sources les plus fécondes des contestations et des procès, elles procuraient au fonds au profit duquel elles étaient instituées un avantage qui ne pouvait être comparé à l'inconvénient beaucoup moindre relativement, qui en résultait pour le fonds assujéti¹. Ce constat reste probablement vrai au XXI^e siècle, mais la difficulté à admettre d'autres restrictions aux prérogatives de la propriété que celles imposées par la puissance publique et fondées sur l'intérêt général, semble accroître la défaveur envers les servitudes.

La servitude, qui contribue à la bonne organisation des rapports de voisinage, reste une institution bien vivante, comme en attestent l'importance et la régularité du contentieux qu'elle suscite.

Le contrôle de la Cour de cassation en la matière témoigne d'une fidélité aux principes du Code civil (I), qui n'exclut pas une adaptation de la servitude à la vie moderne (II).

I - La fidélité aux principes du code civil

La Cour de cassation se livre à une interprétation stricte des dispositions du Code civil, qu'elles aboutissent à des solutions favorables (A) ou défavorables (B) aux servitudes.

A. L'interprétation favorable aux servitudes

La rigueur de la Cour de cassation se manifeste tant dans l'interprétation des prescriptions relatives aux servitudes légales que dans les solutions retenues en cas de transgression d'une servitude.

1. L'application des règles relatives aux servitudes légales

Deux servitudes légales de voisinage retiendront plus particulièrement l'attention : les vues sur la propriété voisine et les distances à observer pour les plantations.

a) L'interprétation des dispositions relatives aux vues

La Cour de cassation, qui excluait l'application des prescriptions des articles 678 et 680 du Code civil, relatifs aux distances à observer pour l'établissement de vues droites sur le fonds voisin, lorsque les fonds n'étaient pas contigus, a précisé, dans un **arrêt du 14 janvier 2004**, que ces prescriptions s'appliquent lorsque le fonds dans lequel la vue a été établie est séparé du fonds sur lequel elle donne par un espace privé commun. La distance se calcule en tenant compte de toute la largeur de cet espace privatif. Cet arrêt, qui renforce la protection contre les risques d'indiscrétion, précise en outre que la distance légale se compte toujours jusqu'à la limite du fonds sur lequel s'exerce la vue, même en présence de balcons ou autres saillies avançant au-delà de cette limite.

b) La stricte application des prescriptions légales relatives aux distances à observer pour les plantations

Il ressort d'un **arrêt du 19 mai 2004** que la hauteur maximale autorisée par les articles 671 et 672 du Code civil pour arbres, arbrisseaux et arbustes plantés à moins de deux mètres de la ligne séparative s'applique en toute saison, sans qu'un dépassement puisse être admis au prétexte qu'il résulte de la croissance naturelle de végétaux qu'il est recommandé de ne tailler qu'à l'automne.

Cette interprétation résolument rigoureuse de la réglementation relative aux ouvertures et aux plantations s'accompagne du maintien d'une jurisprudence très ferme en matière de sanction de la transgression des servitudes.

2. La sanction de la méconnaissance des servitudes

La Cour de cassation veille au respect scrupuleux de l'inviolabilité de la servitude. Outre qu'elle rappelle que toutes les servitudes peuvent bénéficier de la protection possessoire, elle sanctionne leur violation par la démolition.

a) La protection possessoire des servitudes

La cour de cassation a dû réaffirmer, dans un **arrêt du 27 janvier 2004**, le principe constant suivant lequel une servitude discontinue ou non apparente peut faire l'objet d'une protection possessoire, bien qu'elle ne puisse être acquise par une possession prolongée, même immémoriale, à condition qu'elle repose sur un titre duquel il résulte que le demandeur au possessoire a entendu exercer un droit et non user d'une simple tolérance.

La matière est délicate voire empreinte d'une grande subtilité, qui induit souvent en erreur : le juge du possessoire est tenu de rechercher l'existence d'un titre dans le dessein de caractériser la possession de la servitude discontinue ou non apparente et de faire tomber la présomption de précarité dont une telle servitude est l'objet, mais le principe du non-cumul du possessoire et du pétitoire lui interdit de statuer par des motifs exclusivement tirés du fond du droit ou de consacrer, dans son dispositif, l'existence ou l'inexistence de la servitude invoquée. Ce dernier impératif a été rappelé par deux arrêts récents : le premier, du **23 mars 2004**, a cassé l'arrêt qui avait constaté, dans son dispositif, la disparition de l'état d'enclave et l'extinction de la servitude de passage ; le second, du **16 juin 2004**, a censuré la décision qui, dans son dispositif, avait dit qu'une servitude de passage s'étendait au passage des services municipaux de ramassage des ordures ménagères et des services de La Poste.

b) La sanction de la violation d'une servitude

La sanction de la transgression d'une servitude est particulièrement rigoureuse.

Elle consiste en la démolition de la construction qui contrarie le libre exercice de la servitude.

Telle est la solution qu'a rappelé un arrêt du 17 décembre 2003 dans une affaire où les propriétaires du fonds dominant reprochaient au propriétaire du fond servant d'avoir édifié une construction en violation d'une servitude conventionnelle de prospect. La cour d'appel avait refusé d'ordonner la démolition et avait seulement alloué des dommages et intérêts en retenant qu'il convenait de tenir compte de la particulière gravité des conséquences d'une démolition et qu'une demande subsidiaire de dommages et intérêts avait été formulée. Son arrêt a été cassé au motif que la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé et que les propriétaires du fonds dominant demandaient, à titre principal, la démolition de l'immeuble.

Le principe selon lequel la démolition est la sanction d'un droit réel transgressé est affirmé de façon constante et très ferme par la Cour de cassation qui sanctionne les décisions des juges allouant des dommages et intérêts alors que la démolition était demandée. Le juge ne peut donc pas, en cette matière, décider de la nature de la sanction et préférer l'allocation de dommages et intérêts à la réparation en nature qui lui est demandée. Rien ne semble en revanche interdire à la victime de la transgression de limiter sa prétention à la réparation par équivalent du préjudice en résultant.

La transgression d'une servitude est donc sanctionnée aussi rigoureusement qu'est assurée la défense de la propriété contre l'empiètement. Dans l'une et l'autre hypothèses, le demandeur n'a pas à rapporter la preuve d'une faute, que suffit à caractériser l'atteinte apportée au droit réel, ni à justifier de l'existence d'un préjudice. Si cette convergence des solutions traduit l'idée que la servitude est un démembrement du droit de propriété auquel elle emprunte son attribut essentiel, l'exclusivité, elle n'en est pas moins remarquable en ce que, du point de vue de la sanction, elle place sur un pied d'égalité le droit de propriété, reconnu inviolable et sacré, et la servitude, pourtant généralement considérée avec une certaine défaveur et dépourvue de l'absolutisme du droit de propriété. Fondée, pour l'atteinte au droit de propriété, sur l'article 545 du Code civil, qui prohibe l'expropriation pour cause d'utilité privée, et pour la violation d'une servitude, sur l'article 701, qui dispose que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage, ou à le rendre plus incommode, la solution est souvent critiquée. La Cour de cassation la maintient fermement sans retenir les correctifs, tels que l'abus de droit ou les mécanismes de la responsabilité civile, préconisés en vue d'infléchir sa jurisprudence. Assurément rigoureuse, celle-ci a néanmoins l'avantage de la simplicité et de la certitude, alors que l'absence d'automatisme de la démolition conduirait à prendre en compte l'importance quantitative de l'empiètement ou de l'atteinte apportée à l'exercice de la servitude. Elle produit en outre un effet dissuasif en incitant le propriétaire, mais aussi l'architecte, dont, selon un arrêt du 14 décembre 2004, la responsabilité peut être engagée pour manquement à son devoir de conseil, à prendre toutes les précautions avant de construire, pour éviter d'empiéter sur le fonds voisin ou de troubler l'exercice d'une servitude.

La convergence des solutions en matière de propriété et de servitude est circonscrite à la sanction applicable en cas de violation de ces droits. En cas de conflit opposant la servitude et la propriété, la première cède le pas sur la seconde, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence qui refuse de consacrer l'existence d'une servitude en cas d'empiètement.

B. L'interprétation défavorable aux servitudes

L'application rigoureuse des principes du Code civil peut aussi conduire à retenir des solutions défavorables au développement des servitudes. Celles-ci seront illustrées par l'interprétation restrictive donnée à la notion même de servitude, qui interdit la reconnaissance des servitudes d'empiètement, et par les limitations apportées aux possibilités d'acquisition par prescription des servitudes du fait de l'homme.

1. La prohibition des servitudes d'empiètement

La servitude trouve ses limites lorsqu'elle réalise un empiètement sur la propriété d'autrui.

La Cour de cassation avait déjà eu l'occasion de préciser, dans un arrêt du 24 mai 2000, qu'une servitude ne pouvait être constituée par "un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de

sa propriété". Cet arrêt a cassé la décision d'une cour d'appel qui avait retenu que l'aménagement réalisé par l'auteur commun, consistant dans l'affectation d'un local avec cabinet d'aisances à l'usage exclusif du propriétaire du fonds voisin, établissait l'existence d'une servitude par destination du père de famille.

Critiquée en ce qu'elle restreint la liberté des parties de déterminer les services fonciers propres à répondre à leurs besoins (), alors même que la servitude, spéciale, ne grèverait qu'une fraction minimale du fonds servant, cette jurisprudence a néanmoins été confirmée par deux arrêts ultérieurs, dans une formulation toutefois différente, qui en fait ressortir la raison d'être, tenant à la "détestation" du droit français pour l'empiètement.

Par un arrêt du 27 juin 2001, la Cour de cassation a en effet jugé, pour censurer une décision qui avait à nouveau retenu l'existence d'une servitude par destination du père de famille pour rejeter une demande de démolition d'une véranda édifiée en surplomb du fonds voisin, "qu'une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui".

De même, elle a jugé le 12 juin 2003, pour le même motif, qu'un dépassement d'une toiture sur le fonds voisin, existant depuis plus de trente ans, ne pouvait faire acquérir une servitude par prescription trentenaire.

La servitude d'empiètement est donc bannie du droit français, qui n'admet pas que l'empiètement puisse se pérenniser à l'abri de la notion de servitude. Les aménagements qui réalisent un empiètement sur la propriété voisine ne peuvent être justifiés par le recours à la technique de la servitude. Définie par l'article 637 du Code civil comme une charge imposée à un héritage pour l'usage et l'utilité d'un autre héritage, la servitude ne peut que diminuer l'exercice du droit du propriétaire du fonds servant, sans priver celui-ci de tous les attributs de son droit de propriété.

Cette conception restrictive de la notion de servitude condamne les servitudes de surplomb.

La jurisprudence freine par ailleurs les possibilités d'acquisition des servitudes par prescription.

2. L'acquisition par prescription des servitudes du fait de l'homme

Oeuvre de compromis entre le mécanisme romain de l'acquisition de la propriété par la possession prolongée et les solutions coutumières, elles-mêmes opposées, le Code civil n'a admis la prescription acquisitive que pour les servitudes à la fois continues et apparentes.

La difficulté, voire l'impossibilité de justifier logiquement et en équité la solution restrictive de ce code, jointe au fait que "l'acquisition des droits par l'usage prolongé répond à un sentiment commun, à une réaction instinctive", ont conduit à imaginer divers correctifs pour en atténuer la portée, notamment en élargissant le nombre des servitudes continues et en facilitant la preuve des servitudes discontinues. Ces tentatives pour s'affranchir des règles du Code civil se sont heurtées à la rigueur de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui, d'une part, veille au respect de l'interprétation traditionnelle donnée aux articles 690 et 691 du Code civil relatifs à la distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues et qui, d'autre part, est revenue récemment à une conception plus orthodoxe des règles régissant la preuve des servitudes discontinues.

a) La rigueur persistante dans la distinction traditionnelle entre les servitudes continues et les servitudes discontinues

Le Code civil distingue d'après leur mode d'exercice les servitudes continues et discontinues (art. 688).

Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continu, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Telles sont les servitudes de vues, d'aqueduc ou d'égout des eaux pluviales, même si l'exercice de cette dernière est intermittent.

Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées. Tels sont les droits de passage, puisage, pacage, etc. Leur usage n'est continu ni en actes, ni en puissance et le caractère d'apparence qu'elles pourraient avoir n'en changerait point la nature, pas plus que l'existence d'un ouvrage permanent, dès lors que l'exercice de la servitude ne se conçoit pas sans l'action de l'homme.

Aussi, alors que la servitude d'écoulement des eaux pluviales est continue, la servitude d'écoulement des eaux usées est discontinue, parce que son exercice ne se conçoit pas sans l'intervention renouvelée de l'homme.

Dans un arrêt du 8 décembre 2004___, la troisième chambre civile a, en application de cette jurisprudence traditionnelle, cassé, sur un moyen relevé d'office, l'arrêt qui avait retenu qu'une installation d'égout d'eaux usées sur un fonds étranger correspondait à une servitude continue, pouvant être acquise par prescription trentenaire.

Un arrêt du 19 mai 2004___ a affiné la distinction dans le cas d'une servitude s'exerçant par elle-même, au moyen d'ouvrage permanent, en retenant, à propos d'une servitude de puisage qui s'exerçait au moyen d'une crépine___ et d'une canalisation partant du puits et aboutissant à une installation de pompage, qu'une servitude discontinue restait telle quand l'outillage qui la rendait artificiellement permanente ne pouvait fonctionner que sous le contrôle de l'homme.

Un arrêt du 23 juin 1981 avait néanmoins admis le caractère continu d'un droit à l'usage de l'eau d'un étang qui s'exerçait au moyen d'un ouvrage permanent, "encore que l'usage n'en soit qu'intermittent et comporte, pour sa suspension ou sa reprise, l'intervention de l'homme" (___).

Il résulte du rapprochement de ces deux décisions que le critère de distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues tient, bien sûr, à l'intervention de l'homme, mais qu'il faut également prendre en considération l'importance de celle-ci et sa fréquence. Lorsque l'activité humaine est seulement secondaire, elle n'affectera pas le caractère continu de la servitude. Quand, en revanche, l'intervention de l'homme apparaît constante ou incessante, de sorte que la servitude ne peut s'exercer sans son fait actuel, celle-ci sera nécessairement discontinue, même si elle s'exerce au moyen d'ouvrages permanents.

Cette jurisprudence, qui limite les possibilités d'acquisition par prescription trentenaire des servitudes, est critiquée par la doctrine, qui appelle de ses vœux une redéfinition des contours de la servitude discontinue, en reprochant à la Cour de cassation de n'avoir pas tiré toutes les conséquences de l'évolution des techniques et du recul de l'intervention humaine dans l'exercice de certaines servitudes (___).

La doctrine loue en revanche le retour à une conception plus restrictive de la preuve des servitudes.

b) La rigueur retrouvée dans l'interprétation des dispositions légales relatives à la preuve des servitudes discontinues

La preuve des servitudes discontinues ou non apparentes s'avère difficile à rapporter, du fait de l'impossibilité de les acquérir par prescription.

Aux termes de l'article 691 du Code civil, ces servitudes ne peuvent être établies que par titre et l'article 695 n'admet comme seul substitut au titre constitutif qu'un titre récongnitif. Ce texte énonce que "le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre récongnitif de la servitude, et émané du propriétaire du fonds asservi". Ainsi cet article admet-il qu'une servitude puisse être prouvée par un titre récongnitif, c'est-à-dire un titre qui n'établit pas la servitude, mais en reconnaît l'existence.

L'interprétation de la portée de ces dispositions a sensiblement évolué.

La jurisprudence a pendant longtemps facilité la preuve de la servitude, d'abord en dispensant le titulaire du titre récongnitif de la représentation du titre primordial normalement exigée par l'article 1337 du Code civil pour les actes récongnitifs et confirmatifs, puis en n'exigeant plus que la reconnaissance porte sur un titre constitutif, ce qui transformait le titre récongnitif en un simple aveu écrit résultant de la reconnaissance de celui qui doit la servitude.

Elle s'est même contentée d'un aveu tacite, résultant du comportement du propriétaire du fonds servant qui a toléré, sans contestation, l'exercice prolongé de la servitude (___).

La jurisprudence est revenue depuis à une conception plus restrictive de la preuve légale.

Elle a décidé que le titre récongnitif ne peut être constitué par un aveu du propriétaire du fonds servant résultant de son comportement, car l'aveu extrajudiciaire ne peut établir qu'un fait, alors que l'existence d'un titre récongnitif est une question de droit (___).

Elle a également jugé que l'acte récongnitif doit constater l'existence d'un acte juridique antérieur, constitutif de la servitude. Ainsi, dans un **arrêt du 30 avril 2003**¹, a-t-elle cassé la décision qui s'était fondée, pour reconnaître l'existence d'une servitude de passage, sur un acte de partage qui mentionnait l'existence d'un droit de passage, sans faire référence au titre constitutif de la servitude.

Abandonnant la référence à l'aveu d'un droit, critiquée dans la mesure où l'aveu de l'exercice d'une servitude peut être considéré comme l'aveu d'un fait, la Cour de cassation a, dans un **arrêt du 7 avril 2004**², censuré un arrêt qui s'était fondé sur des aveux non équivoques de la constitution de la servitude, en rappelant que l'article 691 du Code civil n'autorise à prouver l'existence d'une servitude discontinue qu'en se fondant sur un titre récongnitif.

La servitude ne peut donc être prouvée, conformément au dispositif légal, que par un acte écrit, constitutif ou récongnitif.

La rigueur de la jurisprudence dans l'interprétation de la notion de titre récongnitif est toutefois tempérée par le recours à la notion de commencement de preuve par écrit, confirmé par un **arrêt du 24 novembre 2004**³, qui admet l'existence d'une servitude verbalement convenue entre les parties, dont la preuve est rapportée par un commencement de preuve par écrit complété par des éléments de preuve précis et concordants.

Comment expliquer cette interprétation plus orthodoxe voire rigoriste des principes du Code civil ? Faut-il en conclure que la troisième chambre civile mériterait, dans la matière des servitudes, d'être qualifiée de "princesse de l'exégèse", soucieuse d'appliquer à la lettre le Code civil, même au risque d'accentuer le divorce entre le droit des servitudes organisé par ce code et les réalités actuelles ?

Cette image ne lui correspondrait pas plus que la désignation de "prince de l'exégèse" ne correspond à Demolombe⁴. La rigueur dont elle fait preuve s'explique par le souci d'assurer la sécurité juridique. Elle s'accompagne en outre d'une volonté de rénovation du droit des servitudes afin de l'adapter à la vie moderne.

II. Les adaptations de la servitude à la vie moderne

Si le droit des servitudes a perdu une partie de son empire en raison de l'apparition de formes nouvelles de la propriété, la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation révèle une tendance notable à faciliter le recours aux servitudes, qui se traduit non seulement par un élargissement de leur champ d'application (A), mais encore par un assouplissement de leurs modalités d'acquisition et d'extinction (B).

A. L'élargissement du champ d'application des servitudes

Jusqu'à présent, les servitudes n'avaient pas leur place dans la copropriété, ce qui restreignait sérieusement leur champ d'application dans les zones urbanisées⁵.

La Cour de cassation décidait en effet, depuis plus de vingt ans⁶, qu'il existait une incompatibilité absolue entre servitudes et copropriété. Se fondant sur la définition de la servitude figurant à l'article 637 du Code civil, elle jugeait qu'une servitude n'existe que si le fonds servant et le fonds dominant constituent des propriétés distinctes et séparées appartenant privativement à des propriétaires différents. Or, la copropriété est constituée par des lots qui eux-mêmes sont composées de deux éléments indissolublement liés : les parties privatives et la quote-part correspondante de parties communes. Les parties privatives ne représentant pas, pour la Cour de cassation, un fonds distinct et les parties communes dont chaque lot détient une quote-part étant indivises, la Cour de cassation en déduisait l'absence de fonds distincts et séparés et l'impossibilité corrélatrice de constituer une servitude sur des parties privatives d'un lot au profit des parties privatives d'un autre lot.

En dépit des considérations à la fois pratiques et théoriques⁷ qui la justifiaient, cette prohibition prétorienne rencontrait l'hostilité de nombreux auteurs, qui faisaient notamment valoir que l'article 637 du Code civil signifie seulement qu'aucune servitude n'est concevable, ni nécessaire, lorsque les deux fonds sont la propriété d'une seule et même personne. La doctrine semblait néanmoins faire preuve d'une certaine résignation devant sa constante réitération, alors que dans la pratique, les notaires continuaient souvent d'insérer des clauses établissant des servitudes dans les règlements de copropriété et dans les actes de vente de biens dépendant d'immeubles en copropriété.

Par un arrêt de principe du 30 juin 2004___, la troisième chambre civile a mis fin à ce "tabou"'. Elle considère désormais que la partie privative d'un lot et la quote-part correspondante de parties communes constituent un "héritage" au sens de l'article 637 et admet en conséquence la possibilité d'établir une servitude entre les parties privatives de deux lots appartenant à des propriétaires distincts. Dans l'espèce considérée, les actes notariés énonçaient qu'un lot à usage de garage était grevé d'un droit de passage au profit d'un lot contigu pour permettre au propriétaire de ce lot d'accéder à son emplacement de garage qui se trouvait enclavé. A été en conséquence rejeté le moyen du pourvoi qui, invoquant l'incompatibilité entre servitudes et copropriété, reprochait à la cour d'appel d'avoir retenu que ce droit de passage prévu par les actes constituait une servitude réelle et non un droit personnel.

Il n'existe plus désormais d'incompatibilité de principe à l'établissement d'une servitude au profit de la partie privative d'un lot sur la partie privative d'un autre lot. Considérée parfois comme une survivance d'une technique obsolète, dont le déclin puis la disparition seraient inéluctables en raison de son inadaptation à la vie moderne, la servitude, conservée par le Code civil, fait ainsi son entrée, par la grande porte, dans le droit de la copropriété et confirme le déplacement de son centre principal d'intérêt de la campagne à la ville'.

Cette extension considérable du champ d'application de la servitude s'accompagne d'un assouplissement des règles relatives à leur acquisition et à leur extinction.

B. L'assouplissement des règles régissant l'acquisition et l'extinction des servitudes

1. L'acquisition des servitudes par destination du père de famille

La destination du père de famille est l'acte par lequel le propriétaire avisé d'un héritage, destine cet héritage ou une partie de celui-ci à l'usage ou à l'utilité d'un autre fonds lui appartenant ou d'une partie de cet autre fonds, de telle sorte que l'aménagement existant entre eux, qui ne constituait jusqu'alors que l'exercice du droit de propriété, deviendra, par l'effet de la loi, et sous certaines conditions, une servitude.

L'aménagement des fonds constituant la destination du père de famille doit avoir été réalisé par le propriétaire avant leur séparation et subsister à ce moment, faute de quoi il ne peut révéler l'intention du constituant d'assujettir une parcelle à une autre.

Aux termes de l'article 694 du Code civil, "si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe un signe apparent de servitude, dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement ou passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné".

La conciliation de ce texte, qui n'exige pas que la servitude soit continue, avec l'article 692, qui pose en principe que la destination du père de famille ne vaut titre que pour les servitudes apparentes et continues, a suscité de nombreuses controverses doctrinales.

Il est désormais acquis que chaque texte a son propre domaine d'application : l'article 692 vise le cas où l'aménagement, établi ou maintenu par le propriétaire commun, correspond à une servitude apparente et continue ; l'article 694 s'applique en revanche aux servitudes apparentes mais discontinues. Dans le premier cas, il n'est pas nécessaire de produire le titre qui a opéré la séparation, car l'existence d'un aménagement permanent et apparent est présumée traduire la volonté du propriétaire commun d'établir une servitude. Au contraire, si l'aménagement correspond à une servitude apparente, mais discontinue, cette servitude naît bien, elle aussi, de la séparation des fonds en vertu de la destination du père de famille, mais seulement si l'acte de séparation ne contient "aucune convention relative à la servitude". Par suite, celui qui invoque la servitude doit prouver cette circonstance et, à cette fin, produire l'acte de séparation des fonds, afin que le juge puisse vérifier que cet acte ne contient aucune stipulation contraire au maintien de la servitude.

La possibilité d'établir par destination du père de famille une servitude discontinue mais apparente semblant encore assez souvent méconnue, ce principe a été rappelé par un arrêt du 24 novembre 2004' qui énonce, pour casser une décision qui avait retenu à tort que seules les servitudes continues et apparentes pouvaient être établies par destination du père de famille, que "la destination du père de famille vaut titre à l'égard des servitudes discontinues, lorsqu'existent, lors de la division du fonds, des signes apparents de la servitude et que l'acte de division ne contient aucune stipulation contraire à son maintien".

Un arrêt du 19 février 2003 ___ a en outre rappelé que l'aménagement des fonds constituant la destination du père de famille doit avoir été réalisé par le propriétaire avant leur séparation et subsister à ce moment, faute de quoi il ne peut révéler l'intention du constituant d'assujettir une parcelle à une autre.

Cet arrêt a cassé, pour manque de base légale, une décision qui avait admis la protection possessoire d'une servitude de passage par destination du père de famille, en visant "les restes d'un portillon", sans rechercher si ce portillon existait lors de la division des fonds.

Au-delà de ce rappel, cet arrêt est intéressant en ce qu'il précise que les juges du fond doivent procéder à cette recherche d'office, même en l'absence de contestation des parties, et relever dans leur décision que l'aménagement invoqué par celui qui revendique le bénéfice de la servitude existait lors de la séparation des fonds.

Les deux conditions posées par l'article 694 sont "nécessaires et suffisantes" ____. Il en résulte que le juge qui en constate la réunion justifie sa décision par ces seuls motifs, ceux relatifs au caractère continu de la servitude pouvant dès lors être tenus pour surabondants¹.

De même, le juge n'est pas tenu de caractériser spécialement l'intention de l'auteur commun.

Depuis une quinzaine d'années, la jurisprudence avait toutefois semblé marquer une inflexion en posant une exigence accrue quant à la recherche de cette intention. Deux arrêts avaient en effet censuré des décisions de cours d'appel qui avaient pourtant relevé l'existence d'un signe apparent de servitude et l'absence, dans l'acte de division, de toute stipulation relative à la servitude, au motif que le juge avait omis de constater que l'auteur commun de la division avait voulu, lors de cette division, établir une servitude à la charge de la parcelle au profit d'une autre¹.

Un arrêt du 28 mai 2003 ___ a cependant redonné toute sa place à la présomption légale résultant du silence de l'acte de division. A été cassé, pour violation des articles 693 et 694 du Code civil, l'arrêt d'une cour d'appel qui, tout en retenant l'existence d'un signe apparent de servitude, avait rejeté une demande tendant à la reconnaissance d'une servitude par destination du père de famille au motif que si les propriétaires originels avaient voulu consentir une servitude, ils auraient demandé au notaire rédacteur de l'acte de division de rédiger une clause en ce sens, alors qu'il résultait de ses propres constatations que l'acte de division n'avait rien prévu relativement à la servitude et qu'elle n'avait pas relevé d'éléments de nature à démontrer la volonté de l'auteur d'écarter la présomption légale qui s'attachait à la situation de fait constatée.

La jurisprudence la plus récente tend donc à faciliter l'acquisition des servitudes par destination du père de famille. Parallèlement, elle élargit, très prudemment, les modes d'extinction des servitudes.

2. L'extinction des servitudes

L'article 703 du Code civil dispose que les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne peut plus en user.

En dépit des réserves d'une partie de la doctrine, la jurisprudence est bien établie en ce sens que l'inutilité de la servitude conventionnelle ne peut entraîner son extinction ____. Ainsi est écartée l'extension, proposée par certains, de l'article 703 à cette hypothèse.

Un arrêt du 9 juillet 2003¹ a cependant été perçu comme un revirement de jurisprudence, bien qu'il puisse difficilement être considéré, en l'état, comme consacrant une nouvelle cause d'extinction des servitudes conventionnelles reposant sur leur inutilité.

Cet arrêt approuve une cour d'appel, qui avait relevé que les choses se trouvaient en tel état qu'on ne pouvait plus en user conformément au titre, d'en avoir déduit qu'était éteinte une servitude affectée, selon le titre constitutif, à une destination déterminée. Ainsi que l'ont relevé les commentateurs, la Cour de cassation ne s'est pas fondée sur la perte d'utilité de la servitude mais sur la non-conformité de son usage par rapport à ce que les parties avaient prévu dans l'acte constitutif qui, dans le cas d'espèce, limitait l'exercice de la servitude à une destination précise. Rappelant, en s'inspirant d'une précédente décision¹, que lorsque l'obstacle mis à l'exercice d'une servitude conformément à son titre constitutif peut être supposé définitif, l'impossibilité d'exercice n'agit pas seulement comme une cause de suspension de la servitude, qui ne s'éteindrait

définitivement qu'après l'accomplissement de la prescription extinctive trentenaire, mais revêt le caractère d'une cause immédiate d'extinction, cet arrêt, qu'il semble prématuré de qualifier de revirement de jurisprudence, assouplit néanmoins les modalités d'extinction des servitudes conventionnelles par le biais du respect dû au titre constitutif.

Conclusion

L'étude de la jurisprudence récente de la Cour de cassation fait donc apparaître une inclinaison dans deux directions qui pourraient, de prime abord, sembler opposées : d'un côté, la troisième chambre civile semble faire preuve d'une rigueur renouvelée pour assurer le respect des principes du Code civil ; de l'autre, elle manifeste sa volonté de faire évoluer le droit des servitudes pour l'adapter à la vie moderne et à la société urbaine.

La contradiction, qui n'est qu'apparente, s'explique par le souci de concilier la sécurité juridique avec la nécessaire modernisation de la matière des servitudes.

La technique de la servitude n'est pas un "chef d'oeuvre juridique" en péril, condamné, par sa vétusté et son archaïsme, à une disparition imminente. Le rajeunissement entrepris, accompagné de la volonté constante de veiller aux principes issus du Code civil, peut, en se poursuivant voire en s'amplifiant, contribuer, dans l'attente d'une éventuelle refonte globale du droit des biens, à une "régénération" du droit des servitudes, sans le plonger dans une "ébullition" qui risquerait d'en entraîner l'évaporation.

Site courdecassation.fr