



## **Intervention GE servitude volume 21 mars 2020**

**Christophe Broche**

### **Thème : Les servitudes. Approche en 3 dimensions (suite)**

#### **Partie II. Les servitudes en 3 dimensions**

Cette deuxième partie est la suite du thème consacré à l'étude des servitudes dans une approche en trois dimensions. Après avoir envisagé les servitudes DANS les 3 dimensions, il s'agit à présent d'envisager les servitudes EN 3 dimensions à partir de difficultés bien réelles. Nous nous arrêterons plus particulièrement sur :

- A. Les servitudes de passage
- B. Les servitudes de réseaux
- C. Les servitudes de tour d'échelle
- D. Les servitudes de surplomb

#### **A. Les servitudes de passage**

D'emblée il convient de pointer une confusion habituellement faite lorsqu'on évoque la servitude de passage. Il faut bien voir qu'il existe deux types de servitudes de passage, celle, légale, la servitude dite de désenclavement et la servitude de passage conventionnelle, qui confèrera à un propriétaire fonds dominant, de passer sur une propriété voisine.

Cette différence est importante, car leur régime diffère un peu notamment quant à leur mode d'établissement ainsi qu'au regard des modifications pouvant être apportées à ces servitudes.

Ces servitudes de passage sont sources d'un abondant contentieux notamment quant à leur modification ou en présence d'un projet de construction. Par exemple, la servitude de passage étant définie par une assiette (le sol), le législateur n'envisageait pas de pouvoir construire dessus. Peut-on alors limiter en hauteur cette servitude d'un commun



accord ? Ou encore, la loi ou le juge peuvent-ils limiter la hauteur ? Peut-on unilatéralement modifier cette hauteur ?

## **1. Concernant tout d'abord la limitation d'un commun accord de la servitude ou la modification de son assiette.**

**Pour les servitudes de passage conventionnelles** (servitude du fait de l'homme), aux termes de l'alinéa 2 de l'article 686 du code civil, « *l'usage et l'étendue des servitudes ainsi établies se règlent par le titre qui les constitue ; à défaut de titres, par les règles ci-après* ».

Ce texte ne vise que les servitudes établies dans les conditions visées en son premier alinéa, c'est-à-dire **les servitudes conventionnelles**. Pour les servitudes légales, c'est la loi les instituant qui fixe l'étendue des charges qu'elles comportent et la manière dont elles doivent être exercées.

Donc, il n'y a ici pas de difficulté particulière. Les parties sont libres de fixer l'assiette et les conditions d'utilisation du fonds, ainsi que l'usage. Elles devraient donc pouvoir déterminer également librement une hauteur. La seule réserve étant que la servitude présente une réelle utilité au fonds.

Les servitudes conventionnelles sont difficilement modifiables. Ce qui est fait d'un commun accord ne pourra être défait que d'un commun accord. Le titre instituant une servitude conventionnelle fixe de manière définitive l'étendue comme les modalités d'exercice. Pour être modifiée, il faut l'accord des propriétaires des fonds dominant et servant (Cass. 3e civ., 7 mars 1984 : JCP N 1984, prat. 9214. – Cass. 3e civ., 8 déc. 2004, n° 03-16.970 : JurisData n° 2004-026060 ; Bull. civ. 2004, III, n° 233 ; JCP G 2005, IV 1168.

## **2. Modification ou aggravation de la servitude par le fond dominant**

Le bénéficiaire de la servitude a le droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver (C. civ., art. 697). Ces ouvrages sont cependant à ses frais (C. civ., art. 698).

Ces solutions jouent quel que soit le mode d'établissement de la servitude. Cependant, énonce l'article 702 du code civil, celui auquel la servitude est due « *ne peut en user que suivant son titre* » et donc n'est pas admis à faire des changements qui aggravent la servitude.

Que faut-il entendre par aggravation ?



La question de savoir s'il y a, ou non, aggravation de la servitude est en définitive une question de fait appréciée souverainement par le juge du fond. S'agissant donc de cas d'espèce, la jurisprudence ne fournit pas nécessairement des indications générales permettant de préciser la notion d'aggravation. Elle est néanmoins favorable à l'adaptation des servitudes aux progrès techniques et à l'évolution économique.

Ainsi, la construction de nouveaux bâtiments, sur le fonds dominant, entraînant l'augmentation du nombre des usagers du passage desservant ces immeubles est, selon l'interprétation donnée au titre, considérée comme aggravant ou n'aggravant pas la servitude.

Lorsque la servitude est de nature conventionnelle, l'utilisation de la servitude par le fond dominant est en définitive, conditionnée par le contenu de la convention. Si on veut fixer définitivement cet usage, il est conseillé d'être précis dans la description au moment de la création et ne pas hésiter, par exemple, à prévoir le type de véhicule pouvant utiliser la servitude. Mieux vaut éviter parfois les servitudes « tout usages », qui pourraient donner prise à une interprétation large du titre par le juge en cas de litige.

Concernant la modification de l'assiette (c'est-à-dire, l'endroit où s'exerce la servitude) par le propriétaire du fonds dominant les juges admettent qu'il ne peut l'imposer (702 du code civil ne le prévoit pas). En revanche, le propriétaire du fonds servant peut modifier cette assiette sous certaines conditions. L'alinéa 3 de l'article 701 du code civil envisage en effet la possibilité d'une telle modification dès lors que l'assignation primitive est devenue plus onéreuse et à condition d'offrir au propriétaire du fonds dominant « *...un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits* ».

### **S'agissant des servitudes d'enclaves ? Est-il par exemple possible de construire sur une servitude de (passage) désenclavement ?**

La réponse réside dans **la nécessité d'un passage suffisant** de la servitude. C'est ce qui est dit à l'article 682 du code civil : « *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* ».



Ainsi, pour la servitude de passage légale pour cause d'enclave, l'insuffisance de ce passage équivaut à l'enclave. Il a été jugé que l'état d'enclave peut résulter d'une issue trop étroite et de son débouché devant le mur qui la rend inutilisable.

**Mais que faut-il entendre par insuffisance ?** C'est par rapport à l'usage d'un fonds. Les juges considèrent que l'accès par un véhicule automobile correspond à l'usage normal d'un fond destiné à l'habitation. Mais les juges considèrent que la servitude doit pouvoir laisser passer un véhicule de secours à la maison d'habitation. De sorte que bien qu'elle ne le dise pas, le passage devrait également être suffisant pour laisser passer un camion de déménagement. Autrement dit, tout type de véhicule correspondant à l'usage normal d'une habitation. Tout professionnel amené à rédiger une servitude doit donc être vigilant et s'intéresser de près à l'usage du fonds.

### **Point de vigilance : Le changement de destination du fonds**

**Le changement de destination du fonds peut nécessiter le passage d'engins particuliers. Les juges acceptent-ils la modification des conditions d'usage ?**

Dans une affaire récente, des propriétaires avaient décidé de développer une activité de poney club. Les hauts magistrats ont considéré que l'article 682 du code civil ne distinguant pas entre les divers modes d'exploitation dont peut être l'objet le fonds dominant, la cour d'appel, qui a relevé que les consorts Y... exploitaient dans les lieux un poney club et que l'ouverture d'une entrée sur le parc de stationnement communal, dont ils bénéficiaient en vertu d'une tolérance de la municipalité, ne permettait pas le passage de véhicules de plus de 3 tonnes 5 assurant la livraison du fourrage ou le transport des équidés, a ainsi caractérisé l'utilisation normale du fonds et souverainement retenu l'état d'enclave de celui-ci ;

Donc si des travaux, constructions, sont réalisés à la limite de l'assiette de la servitude de désenclavement, voire au-dessus, si tant est que ce soit possible, en cas de changement de destination du fond dominant, l'état d'enclave peut être constaté. Et alors il faudra rétablir une servitude, détruire des ouvrages qui empêchent le passage normal.

**La parade consiste à fixer conventionnellement, ce qui est possible même pour la servitude légale de désenclavement, les modalités d'exercice. Le titre s'imposera aux parties et au juge.**



## 2. Modification ou aggravation de la servitude par le fond servant

### **Le propriétaire du fonds servant peut-il faire seul des modifications, travaux sur, voire, au dessus la servitude ?**

Ce qui domine c'est le principe de fixité de la servitude. Le propriétaire du fonds servant est tenu d'une obligation passive ; en ce sens, il doit s'abstenir de tout acte susceptible de porter atteinte aux intérêts légitimes du fonds dominant qui tendrait à diminuer l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode.

D'après l'article 701 du code civil : « *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* »

Cela dit, dès l'instant que le propriétaire du fonds servant ne diminue ni n'incommode l'exercice de la servitude, il peut accomplir sur son fond toutes les facultés inhérentes à la propriété, même sur la partie du fonds soumise à la servitude, et ce, par tous travaux ou aménagements qui lui conviennent, tels que puisage, pacage, passage, clôture, voire des constructions au-dessus.

Cela dit, il y a une limite bien évidemment : les juges peuvent ordonner la démolition des ouvrages empêchant ou gênant l'exercice de la servitude (*Cass. 1re civ., 14 janv. 1963 : D. 1963, p. 421. – Cass. 1re civ., 30 nov. 1966 : JCP G 1966, II, 14481*)

Au surplus, les juges du fond ne font qu'user de leur pouvoir souverain en ordonnant une expertise pour rechercher si les aménagements apportés par le propriétaire du fonds servant ont pour effet de modifier l'exercice de la servitude et de porter ainsi atteinte à celle-ci (*Cass. 3e civ., 6 juin 1972 : Bull. civ. 1972, III, n° 373*).

Donc les modifications sont possibles sous réserve qu'elles ne portent pas atteintes à la servitude en rendant le passage plus compliqué.



Cette condition respectée, en sa qualité de propriétaire du fonds servant, il peut élever des constructions au-dessus d'un sol grevé d'une servitude de passage, par exemple – le couvrir notamment (*Cass. req., 27 oct. 1890 : S. 1891, 1, 28*) – mais le tout évidemment à condition que la hauteur et la largeur de la construction envisagée permettent l'exercice normal de la servitude (*CA Rouen, 22 mai 1837 : S. 1856, 2, 666*).

### Le déplacement de la servitude (assiette) :

Plutôt que construire au dessus, on peut envisager de déplacer la servitude. Cette faculté qui est refusée au propriétaire du fonds dominant est prévue par le législateur pour le fond servant.

Elle est possible, si les circonstances nouvelles la rendent nécessaire. C'est ainsi que le propriétaire du fonds servant peut, pour sa commodité, demander le déplacement de la servitude, en offrant un passage équivalent à l'ancien ; il supporte alors les frais d'aménagement de la nouvelle assiette.

### **Problème : si la modification concerne un rehaussement ou un abaissement de l'assiette sans bouger les points d'entrée et l'emprise au sol.**

Cela semble tout à fait possible, à condition que cela ne gêne pas l'usage de la servitude. Il ne faut pas que les aménagements rendent la servitude plus incommode.

Ex : Des travaux effectués par les propriétaires d'un immeuble grevé d'une servitude de passage. Ce passage, plat et en terre battue, permettait l'utilisation d'une bicyclette ou d'une brouette, les juges du fond, avait relevé que le dallage de ciment réalisé avait modifié l'écoulement des eaux de pluie et surélevé le sol au point de nécessiter la création d'un escalier de trois marches,. Ils ont considéré que ce dallage rendait plus incommode l'usage de la servitude (*Cass. 3e civ., 7 oct. 1975 : Gaz. Pal. 1975, 2, somm. p. 272 ; JCP N 1976, prat. 6381*).

## **B. Les servitudes de réseaux en tréfonds**

Ce qui vient d'être dit est applicable aux servitudes de réseaux en tréfonds. Le titre va lier les parties et le juge, réserve faite de l'utilité effective de la servitude au fond.



Le droit de passage comprend un accessoire, le droit d'installer des canalisations. En 1937, déjà, la Cour de cassation a pu affirmer que « *le droit de passage visé par l'article 682 du code civil, doit s'entendre en ce sens que les mots "sur le fonds de ses voisins" ne visent pas seulement la surface du sol, mais peuvent aller jusqu'à comprendre le dessous, afin d'assurer les communications strictement nécessaires à l'utilisation normale du fonds enclavé ; qu'il s'applique aussi aux canalisations souterraines indispensables à cet effet* » (Cass. civ., 22 nov. 1937 : DP 1938, 1, 62, note P. Voirin). Sont ainsi visées toutes les canalisations nécessaires à la construction d'une maison moderne, par exemple, si telle est la destination du fonds. En 1930, la Cour de cassation avait déjà admis le passage de câbles aériens et, dans ses considérants, laissé entendre que cela s'étendait au passage en sous-sol (Cass. civ., 24 févr. 1930 : S. 1930, 1, 297, note Ch. Béquignon-Lagarde ; DP 1932, 1, 9, note A. Besson).

Mais en présence d'une servitude conventionnelle, il faut se référer à un élément supplémentaire : l'intention des parties. Ainsi, une telle servitude peut ne pas comprendre ce droit (Cass. 3e civ., 24 nov. 1999 : JurisData n° 1999-004066 ; Bull. civ. 1999, III, n° 227 ; Constr.-urb. 2000, comm. 10 ; JCP G 2000, 1057). Il faut donc rechercher si l'installation de canalisations est comprise ou non dans la servitude de passage (Cass. 3e civ., 16 déc. 1998 : JurisData n° 1998-004831 ; Bull. civ. 1998, III, n° 254 ; Constr.-urb. 1999, comm. 90 ).

Une cour d'appel a pu souligner que « *s'agissant d'une servitude conventionnelle, le titre fixe définitivement l'étendue de la servitude et ses modalités d'exercice* », que le droit de faire passer des canalisations dans la servitude suppose que le titre le prévoit (Cass. 3e civ., 8 avr. 2010, n° 09-65.261 : JurisData n° 2010-003445 ; Bull. civ. 2010, III, n° 80 ; JCP N 2010, act. 376 ; Constr.-urb. 2010, comm. 87, note Ch. Sizaire).

Dorénavant donc, pour que la pose d'une canalisation ne soit pas constitutive d'une aggravation, elle doit être prévue dans le titre (Cass. 3e civ., 8 déc. 2004 : JurisData n° 2004-026063 ; Procédures 2005, comm. 73, note J. Junillon ; AJDI 2005, p. 157. – Cass. 3e civ., 17 mai 2005, n° 04-13.069).

### **C. Les servitudes de surplombs**



La servitude de surplomb appelle une interrogation quant à sa validité même : On sait la jurisprudence est hésitante et la doctrine partagée sur la question. La question se pose tout particulièrement pour les débords de toit qui empiètent sur le fond voisin. Cet empiètement est caractérisé puisque la propriété du sol emporte la propriété de dessus et du dessous. Est-il possible de constituer une servitude pour faire échec à cette situation d'empiètement ? Cela revient à se demander si une convention de servitude peut interdire au propriétaire du fonds servant de jouir d'une partie de son fonds ? Par principe, pour la Cour de cassation la réponse est négative : « *une servitude ne peut être constituée par un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété* » (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 24 mai 2000, n° 97-22.255 : JurisData n° 2000-002123 ). Lorsqu'il s'agit « *du transfert d'un droit de jouissance exclusive d'une partie de l'immeuble à un tiers (c'est le cas pour l'empiéteur qui est seul à avoir la jouissance), au profit d'une personne, cela ne peut constituer une servitude réelle* » (J.-L. Bergel, obs. sous arrêt préc.).

Cela dit, la Cour de cassation a néanmoins admis dans un arrêt fameux qu'une corniche dépassant sur le fonds voisin depuis plus de trente ans pouvait échapper à la démolition au motif que le propriétaire du bâtiment avait prescrit une servitude (continue et apparente) de surplomb (Civ. 3<sup>e</sup>, 12 mars 2008. Dans cette décision, le cas d'espèce intéressait une construction édifée en limite de propriété. Au siège du litige, une corniche (usuellement c'est le débord de la toiture ou la gouttière) se trouve en surplomb par rapport au terrain du voisin. Ce dernier propriétaire y voit un empiètement et demande sa disparition. Pour résister à cette prétention, il est invoqué, avec succès, une servitude dite de surplomb acquise par prescription - la corniche a été édifée depuis au moins trente ans. Un pourvoi est alors formé qui est rejeté en ces termes : « *Mais attendu qu'ayant relevé que la corniche avait été édifée il y a plus de trente ans avec l'immeuble, lequel, de type "chartreuse", ancien et de caractère, formait un tout sur le plan architectural dans lequel elle s'intégrait pour être surmontée d'une balustrade en pierre dans laquelle était intégré un fronton et souverainement retenu qu'elle présentait un avantage pour l'usage et l'utilité du fonds des époux X..., en ce qu'elle faisait partie de l'architecture même de leur immeuble, la cour d'appel, abstraction faite d'un motif surabondant relatif à l'agrément, en a exactement déduit que le fonds des époux X..., qui*



*pouvaient se prévaloir d'une possession utile, bénéficiait d'une servitude de surplomb sur le fonds voisin acquise par prescription »*

Mais la portée de l'arrêt pouvait être relativisée au regard des circonstances particulières de l'espèce s'agissant d'un bâtiment remarquable. Il est donc difficile, au seul regard de la jurisprudence, de se prononcer sur la licéité de la constitution par titre d'une servitude de surplomb, même si cette pratique semble assez répandue chez les praticiens.

À première vue, la technique des servitudes est mal adaptée à la question d'un empiètement sur le fonds d'autrui. En principe, elle permet seulement d'agrèger au fonds dominant une utilité économique offerte par le fonds servant. Or l'empiètement ressortit non d'une logique de redécoupage économique de la propriété des fonds voisins, mais de celle d'un redécoupage géographique, la partie du fonds occupée par l'empiètement étant rattachée à l'immeuble voisin.

Par ailleurs, avec un empiètement aérien, la ligne divisoire des immeubles cesse d'être d'une verticalité parfaite : elle se déforme à l'endroit du surplomb pour intégrer à la propriété du fonds voisin le volume aérien qu'il occupe.

En théorie, ce n'est pas une servitude qu'il faudrait faire, mais une division en volumes, ce qui, au regard de la complexité de leur mise en oeuvre en comparaison de la simplicité de la constitution des servitudes, n'est certainement pas une solution praticable.

Cela dit, on pourrait néanmoins apporter au crédit d'une analyse en termes de servitudes l'exemple du passage de canalisations. Dans ce cas en effet, et contrairement au passage des personnes, l'évacuation d'eau suppose l'implantation d'ouvrages permanents interdisant au propriétaire du fonds servant tout usage de son bien quant au volume qu'ils occupent. Donc il y a des servitudes qui produisent les mêmes conséquences qu'un empiètement.

#### **D. Les servitudes de tout d'échelle**

Cette « servitude », qui permet de passer chez le voisin lorsque cela est nécessaire pour réparer un mur privatif construit à la limite des propriétés – ou un toit auquel on ne peut accéder autrement – ramoner une cheminée, existait dans l'ancien droit. Elle a cependant été supprimée lors de la promulgation du code civil. En principe donc, il n'est pas possible d'obliger



le voisin à laisser effectuer des travaux, même urgents. Il n'existe donc pas de servitude légale de tour d'échelle. C'est une situation problématique. Un défaut d'entretien peut conduire à la ruine du bâtiment.

Quelles sont les solutions existantes :

- Trouver un accord avec le voisin ; servitude de passage conventionnelle par exemple.
- Le juge, selon la conception du droit positif, autorise le passage aux conditions suivantes :

En principe, il doit s'agir d'une réparation ; mais une évolution sensible se manifeste pour accorder le passage même au cas de construction nouvelle ;

Les travaux doivent être indispensables, soit qu'ils soient imposés par une décision administrative ou une réglementation d'urbanisme, soit qu'ils revêtent un caractère de nécessité afin d'éviter une dégradation grave, ou même la destruction de l'immeuble.

Impossibilité d'effectuer les travaux sans passer chez autrui (il ne peut s'agir d'une simple commodité, ni de réaliser une économie). Notons qu'un arrêt de 2012 a autorisé le passage en présence d'un accès, mais son usage entraînait un coût disproportionné par rapport aux travaux envisagés)

La Cour de cassation, tout en entérinant cette jurisprudence, affirme que, faute de texte légal l'instituant, ce droit de passage ne constitue pas une « servitude » à proprement parler. Il entre plutôt dans le cadre des relations de voisinage (le fondement est discuté). Ne s'agissant pas d'une servitude légale, le tour d'échelle n'est, en conséquence, qu'une autorisation temporaire. Le refus injustifié du propriétaire peut caractériser un abus de droit de propriété.

À défaut d'accord entre les parties, cette autorisation temporaire de passage ne connaît d'autres règles que celles que détermine la souveraine appréciation faite par le juge qui va décider :

des modalités de passage (fréquence de passage) ;

de l'assiette de passage : largeur, véhicules autorisés à passer, pose d'un échafaudage...

de la durée de la servitude ;

de l'entretien du passage (cas où il est encombré et inutilisable) ;



de l'indemnisation, s'il y a lieu (trouble de jouissance, dégâts occasionnés par l'entrepreneur).

Notons que certaines situations font appel à un problème de débord surplombant et de tour d'échelle. C'est le cas de plus en plus fréquent des travaux d'isolation par l'extérieur, solution connue pour être la plus efficace pour générer des économies d'énergie et améliorer le confort intérieur des appartements. Mais l'isolation peut constituer un débord par rapport au mur qu'elle recouvre. Lorsque ce mur est implanté en limite de terrain, ce débord se situe sur la propriété du voisin (art. 552 code civil) ou sur la voie publique. Il semblerait que pour la voie publique les PLU intègrent peu à peu cette possibilité de débord pour isolation, du moins lorsque la rue n'est pas trop étroite ou qu'il soit possible de conclure une convention d'occupation précaire.

Depuis 2016, loi du 17 août 2015 et son décret d'application du 15 juin 2016, la réglementation permet des dérogations aux règles locales d'urbanisme, lorsqu'il s'agit de faciliter ces travaux et ceci en faveur d'un dépassement qui peut aller jusqu'à 30 cm par rapport aux règles d'implantation des constructions. Néanmoins, ces autorisations sont toujours délivrées sous réserve du droit des tiers.

Dans l'état de la réglementation en vigueur, pour isoler un mur surplombant une propriété voisine, il faut trouver un accord avec le voisin. Et cet accord est double, d'abord un accord pour empiéter ; rachat de la partie empiétée, renoncement à agir en démolition, servitude d'empiètement ? Tout cela est bien évidemment propice à la négociation, au marchandage.

Lors des discussions sur la loi ELAN, des amendements ont été proposés. Le premier consistait à instituer un droit d'empiéter pour isoler. Il a échoué. Une autre idée était d'introduire dans notre corpus juridique une servitude légale d'empiètement pour l'isolation par l'extérieur qui n'a également pas abouti.