

La « cession » forcée de mitoyenneté est déclarée conforme à la Constitution

(Cons. const., 12 nov. 2010, n° 2010-60 QPC, D. 2011. 652 , note A. Cheynet de Beaupré  ; RDI 2011. 99, obs. L. Tranchant )

Thierry Revet, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris I, Panthéon-Sorbonne

**

Par une décision du 15 septembre 2010 (n° 10-12.840 QPC, RDI 2010. 538, obs. L. Tranchant  ; LEDIU nov. 2010. 1, obs. L. Tranchant ; JCP G 2010. 1162, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet ; Dr. et patr. janv. 2011. 75, obs. J.-B. Seube), la troisième chambre civile de la Cour de cassation avait renvoyé au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité consistant dans la compatibilité de l'article 661 du code civil avec les dispositions des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. L'initiateur de la question soutenait que le mécanisme de la transformation forcée d'un mur privatif de séparation en mur mitoyen viole la Déclaration précitée car il oblige le propriétaire qui le subit à une cession de son droit qui n'est ni exigée ni justifiée par une nécessité publique légalement constatée, pour n'être imposée qu'au bénéficiaire d'une personne privée. La Cour de cassation avait estimé que « la question posée présente un caractère sérieux en ce que le texte contesté, qui confère à un propriétaire, moyennant le versement d'une indemnité, la faculté de rendre mitoyen un mur que joint son fonds, pourrait être considéré comme entraînant une grave dénaturation du droit de propriété du maître du mur qui perd ses droits exclusifs, sans justification évidente d'une nécessité publique ».

Le Conseil constitutionnel a commencé par considérer que l'article 661 du code civil « n'a pour effet que de rendre indivis le droit exclusif du maître du mur qui, dans les limites de l'usage en commun fixées par les articles 653 et suivants du code civil, continue à exercer sur son bien tous les attributs du droit de propriété », pour en déduire qu'aucune privation de droit de propriété ne résulte du mécanisme incriminé, lequel « n'entre [donc] pas dans le champ d'application de l'article 17 de la Déclaration de 1789 » (§ 5). Le juge de la loi a ensuite estimé que « l'accès forcé à la mitoyenneté (...), [qui] constitue un élément nécessaire [d'un] régime (...) de clôture et de construction des immeubles ainsi que d'utilisation rationnelle de l'espace, tout en répartissant les droits des voisins sur les limites de leurs fonds (...), répond à un motif d'intérêt général ; qu'il est proportionné à l'objectif visé par le législateur ; qu'il est réservé au propriétaire du fonds joignant le mur et subordonné au remboursement à son propriétaire initial de la moitié de la dépense qu'a coûté le mur ou la portion qu'il veut rendre mitoyenne et la moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti ; qu'à défaut d'accord des parties, ces conditions de fond doivent être constatées par la juridiction judiciaire qui fixe le montant du remboursement ; que, compte tenu de ces garanties de fond et de procédure, la restriction portée au droit de propriété par la disposition en cause n'a pas un caractère de gravité tel qu'elle dénature le sens et la portée de ce droit » (§ 6). Il en a tiré la conséquence « que l'atteinte portée aux conditions d'exercice du droit de propriété par l'article 661 du code civil ne méconnaît pas l'article 2 de la Déclaration de 1789 » (§ 7). N'ayant constaté la méconnaissance, par « cet article, [d'] aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantissant » (§ 8), le Conseil l'a déclaré conforme à la Constitution.

Est, selon nous, discutable l'affirmation selon laquelle la faculté d'imposer au propriétaire d'un mur de séparation sa transformation en mur mitoyen n'affecte pas la condition de l'intéressé au regard de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle l'est même si l'on suit la thèse retenue par le Haut conseil, selon laquelle la création forcée de mitoyenneté emporte constitution d'une indivision entre les propriétaires circonvoisins (la Cour de cassation s'est prononcée notamment en ce sens, Civ. 3^e, 19 févr. 1985, Bull. civ. III, n° 37 ; RDI 1985. 339, obs. J.-L. Bergel, comp. Civ. 3^e, 20 juill. 1989, évoqué *infra*. En doctrine, V. not. Ch. Atias, Les biens, Litec, 6^e éd., n° 432, p. 382 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, Les biens, Defrénois, 4^e éd., 2010, n° 1016, p. 300 ; Choteau, Nature juridique de la mitoyenneté et incidences sur les modes d'acquisition, JCP 1953. I. 1125. Comp. Ph. Jestaz, Fantaisie sur un mur mitoyen, Mél. offerts à Jean-Luc Aubert, Dalloz, 2005, p. 475 ; J.-B. Seube, Droit des biens, Litec, 3^e éd., n° 429, p. 139 ainsi que F. Zenati-Castaing, ci-dessous). Si le passage d'une propriété unique à une propriété indivise ne met pas fin au droit du propriétaire initial, lorsqu'il s'opère par la création-adjonction d'un second droit de propriété relativement au même bien (d'où l'impossibilité d'y voir une cession - Civ 1^{re}, 19 janv. 1954, Bull. civ. I, n° 23 - Civ. 3^e, 2 oct. 1980, Bull. civ. III, n° 143. En doctrine, G. Paisant et L. Tranchant, Régime juridique de la mitoyenneté des murs J.-Cl. Civ. art. 653 à 662, fasc. 20, 2008, n° 30. Comp. F. Terré et Ph. Simler, Les biens, Dalloz, 8^e éd., 2010, n° 750 p. 669 ; J. Carbonnier, Les biens, Puf, Thémis, 19^e éd., 2000, n° 138, p. 237 - nuancé au n° 142, p. 243 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, Les biens, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 511, p. 585 ; Ch. Atias, *op. cit.*, n° 435), cette création n'affecte pas moins la condition du premier propriétaire à l'aune de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (qui n'autorise la privation de propriété qu'en cas de nécessité publique et sous la condition d'une juste et préalable indemnité) puisqu'elle revient à le priver de la moitié de la valeur de son bien (rapp. Ph. Jestaz, article préc., p. 478 ; Ph. Malaurie et L. Aynès, *op. cit.*, n° 1021, p. 305 ; F. Terré et Ph. Simler, *op. cit.*, n° 746, p. 666 ; J.-B. Seube, *op. cit.*, n° 437, p. 140 ; J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *op. cit.*, n° 511, p. 585 ; J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 138, p. 237). Au demeurant, si cette opération n'emportait pas, pour celui qui la subit, une perte de substance de sa propriété, pourquoi l'article 661 ferait-il au titulaire de la faculté d'acquiescer à la mitoyenneté l'obligation de rembourser au propriétaire voisin la moitié du coût du mur ou la moitié du coût de la portion de mur qu'il veut rendre mitoyenne complétée de la moitié de la valeur du sol sur lequel ce mur est bâti (cette indemnité est établie différemment qu'en matière d'expropriation - G. Paisant et L. Tranchant, préc. - d'où l'intérêt de l'évaluation de l'art. 661 c. civ. à l'aune de l'art. 17 de la Décl. DHC) ? [La troisième chambre civile de la Cour de cassation envisageait que la « cession » forcée de mitoyenneté puisse être analysée en la source d'une « perte » « des droits exclusifs » du maître du mur (analyse partagée par J.-B. Seube (préc. p. 76), ce qui, selon nous, n'est pas conforme à l'identité de nature entre le droit de propriété unique et le droit de propriété indivis, qui sont l'un et l'autre de propriété : cette dernière prérogative consistant dans le pouvoir exclusif, un indivisaire a donc l'exclusivité, sous la seule limite qu'il ne peut pas la mettre en oeuvre à l'égard de son ou ses coindivisaires puisqu'ils ont aussi l'exclusivité relativement au même bien]. C'est seulement parce que le partage d'un mur mitoyen est impossible en nature que la perte en propriété résultant de la « cession » forcée de mitoyenneté ne porte pas en puissance celle du mur. Mais l'impossible partage en nature n'exclut pas le partage en valeur, lequel résulte, précisément, de ce que le mur mitoyen appartient désormais à deux personnes. Or, chaque copartageant est censé « n'avoir jamais eu la propriété des effets » qui ne sont pas compris dans son lot (art. 883, al. 1, c. civ.). Le propriétaire du mur devenu mitoyen a donc perdu la moitié de la valeur de ce bien. Dans ces conditions, pourquoi le Conseil constitutionnel, plutôt que recevoir la « cession » forcée de mitoyenneté en une restriction aux conditions d'exercice du droit de propriété, ne l'a-t-il pas tenue pour une mesure équivalente à une privation (partielle) de propriété ?

On peut supposer qu'il n'aura pas voulu s'aventurer sur le terrain des expropriations destinées à satisfaire un intérêt immédiat privé. Mais ces occurrences existent, de l'accession à l'usucapion, et il faudra bien que le juge de la loi en traite (il est d'ailleurs de sérieux motifs d'intérêt général susceptibles d'en justifier la constitutionnalité). Pour éviter d'avoir à affronter cette (petite) difficulté, le Conseil constitutionnel s'est déclaré affranchi des concepts et théories privatistes de la

mitoyenneté : dans son commentaire officiel de sa décision, il indique « ne [s'être] pas estimé tenu par la qualification de la mesure en droit civil : tout transfert de droits réels n'implique pas nécessairement le constat d'une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789. S'agissant d'un transfert de droits qui, au sens propre comme au figuré, revêt un caractère marginal, le Conseil a estimé que la mesure devait s'appréhender comme une atteinte aux conditions d'exercice du droit de propriété » (Nouv. Cah. Cons. const. n° 30).

Autant dire qu'il ne fallait pas s'attendre à trouver, dans la décision rapportée, l'évocation et, plus encore, l'utilisation de la thèse selon laquelle, loin de donner lieu à une indivision, la mitoyenneté emporte instauration d'une « communauté, forme authentique de propriété collective (...) : il n'y a pas deux droits concurrents mais un droit unique tenu par plusieurs personnes, caractéristique de la propriété collective » (F. Zenati-Castaing, La propriété collective existe-t-elle ?, Mém. en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux, Dalloz, LGDJ, 2009, p. 607. Cette analyse prend appui, en jurisprudence, notamment sur l'arrêt par lequel la Cour de cassation a défini la mitoyenneté comme « un droit de propriété dont deux personnes jouissent en commun », Civ. 3^e, 20 juill. 1989, n° 88-12.883, RTD civ. 1990. 686, obs. F. Zenati *in* Bull. civ. III, n° 173). Cette structure appelle un régime dont l'impossible partage n'est qu'un aspect puisqu'il comprend, aussi et notamment, l'impossible cession isolée et l'impossible engagement isolé à titre de garantie - « la propriété collective [étant] avant tout une communauté d'usage ». Or il a pu être estimé que ces « traits (...) font des propriétés collectives des institutions inadaptées au droit moderne, dont elles contredisent le régime de la propriété et la prohibition des biens de mainmorte » (*Idem*, p. 610). Rien, en effet, qui intéresse la dimension constitutionnelle du droit de propriété...

Mots clés :

MITOYENNETE * Mur mitoyen * Cession forcée * Constitutionnalité

Copyright 2014 - Dalloz - Tous droits réservés.