

**L'empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté**

Cour de cassation, 3<sup>e</sup> civ., 5 avr. 2011, *Pierre Burgnies c/ SCI Valanges*, n° 10-12.840, AJDI 2011. 398 

Élodie Gavin-Millan-Oosterlynck, Maître de conférences à l'université Paul-Cézanne d'Aix-Marseille III

\*  
\*\*

*Vu l'article 808 du code de procédure civile ;*

*Attendu, selon l'arrêt attaqué (Douai, 25 novembre 2009), rendu en matière de référé, que M. Burgnies, dont la propriété est séparée de celle de la SCI Valanges par un mur lui appartenant à titre privatif, a demandé que soient enlevés les conduits d'évacuation et l'antenne parabolique que cette dernière avait fixé sur son mur ; que la SCI Valanges a demandé que ce mur, que joignait son fonds, soit constitué en mur mitoyen ; que M. Burgnies a soutenu que l'empiètement faisait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté ;*

*Attendu que pour faire droit à la demande de la SCI Valanges, l'arrêt retient qu'il est établi par les pièces communiquées, rapport d'expertise et photographie, que la SCI Valanges a appuyé trois conduits d'évacuation sur le mur appartenant à M. Burgnies, étant observé que le « chapeau » de l'un des conduits est vertical et le sommet des deux autres incurvé côté SCI, en sorte que les ouvrages n'empiètent pas sur la propriété voisine et que la SCI Valanges est bien fondée à exercer le droit absolu que lui confère l'article 661 du code civil ;*

*Qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse, a violé le texte susvisé ;*

**Observations**

Le visa de l'arrêt aurait pu être celui des articles 545 et 661 du code civil... La formule lapidaire aurait pu être celle que l'on connaît : « l'empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté » (1). Pourtant, le visa est celui de l'article 808 du code de procédure civile et la Cour de cassation reproche à la cour d'appel, qui statuait en matière de référé, d'avoir tranché une contestation sérieuse. Est-ce une façon d'éviter la dualité antagoniste de la mitoyenneté et de l'empiètement ? Question hasardeuse, question dérangeante et même question prioritaire de constitutionnalité (2). L'arrêt offre l'occasion de la poser. La solution selon laquelle l'empiètement s'oppose à l'acquisition de la mitoyenneté vise-t-elle toute la mitoyenneté des murs à cheval ou vise-t-elle spécialement l'empiètement par appui sur un mur privatif ?

Les arrêts les plus récents, celui de l'empiètement par exhaussement (3) ou celui commenté de l'empiètement par fixation sur un mur privatif, n'altèrent pas le principe de la mitoyenneté forcée. Leur solution est presque logique. Elle ne constitue qu'une limitation à l'acquisition forcée de la mitoyenneté, lorsque ceux qui se trouvent de l'autre côté du mur privatif ont pris appui, fixé ou surélevé... « L'empiètement ne s'est pas produit sur le sol et présente un caractère volontaire. Les circonstances sont bien différentes » de l'autre hypothèse (4).

En l'espèce, le propriétaire d'un mur privatif demande au juge des référés que soient enlevés les conduits d'évacuation et l'antenne parabolique que son voisin a fixé sur son mur. Ce dernier demande que ce mur soit constitué en mur mitoyen. Le propriétaire du mur privatif soutient que l'empiètement fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté. La cour d'appel de Douai, dans une décision du 25 novembre 2009, accueille la demande du voisin au motif que le « chapeau » de l'un des conduits d'évacuation étant vertical et le sommet des deux autres étant incurvé de son côté, il n'y a pas d'empiètement sur la propriété voisine. Le voisin serait donc fondé à exercer le droit absolu que lui confère l'article 661 du code civil.

La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel sous le visa de l'article 808 du code civil au motif « qu'en statuant ainsi, la cour d'appel, qui a tranché une contestation sérieuse, a violé le texte susvisé ».

Malheureusement, la Cour de cassation ne tranche pas la question au fond. La cassation résulte d'un problème procédural et non fondamental. Mais on peut imaginer que la solution aurait consisté (5), au fond, à rechercher s'il y a eu ou pas empiètement par appui sur le mur privatif. Les arguments de la cour d'appel selon lesquels le « chapeau » de l'un des conduits est vertical et le sommet des deux autres est incurvé côté voisin, ne semblent pas pertinents pour exclure l'empiètement. Bien au contraire, dès qu'il y a appui ou fixation sur un mur privatif, l'empiètement est réalisé, peu importe que cet empiètement soit minime, vertical ou horizontal. L'appui ou l'accrochage sur le mur privatif empiète inéluctablement sur son assiette. Cet empiètement par fixation fait obstacle à l'acquisition de la mitoyenneté. Autrement dit, l'empiètement, si dérisoire soit-il, depuis si longtemps dure-t-il, ne légitime jamais l'acquisition de la mitoyenneté. Certes, cette acquisition constitue un droit absolu, mais le voisin du mur privatif ne peut pas s'en servir pour consacrer une situation illégale.

L'arrêt n'aborde que cette hypothèse d'empiètement par appui sur un mur privatif. Il ne déborde pas. Il ne tranche pas l'autre hypothèse, celle du mur à cheval. Pourtant, il force à poser la question. Est-ce que sa solution s'étend à la mitoyenneté du mur à cheval ? L'acquisition forcée est ouverte dans deux cas, celui du mur construit à la limite extrême de la ligne séparative et celui du mur à cheval sur la ligne séparative des deux héritages. Ce dernier cas suppose un empiètement, puisque le mur est à cheval, des deux côtés de la ligne divisoire... L'article 661 a, dit-on, « vocation à s'appliquer au cas où un constructeur aura empiété sur le terrain voisin » (6). La jurisprudence a longtemps cherché une justification à l'acquisition forcée dans la théorie de l'accessoire (7), celle de la « mitoyenneté de naissance » (8), ou celle de la « vocation à la mitoyenneté » (9), avant de condamner la mitoyenneté s'il y a empiètement (10). En effet, la mitoyenneté ne peut pas s'appliquer à la construction d'une maison à l'emplacement d'un mur mitoyen préalablement détruit et empiétant sur la propriété voisine. Le principe général de l'empiètement interdit toute construction d'un mur à cheval, même si l'empiètement est minime, même si l'empiété n'a pas protesté à la construction, même s'il a attendu dix ans pour agir (11). Faut-il alors considérer que la construction à cheval, du fait de l'empiètement qui en résulte, remet en cause (pour partie) le principe de la mitoyenneté forcée ?

L'arrêt commenté ne vise pas l'hypothèse de la construction du mur à cheval, mais seulement celle de l'empiètement par appui. Si la même solution vaut pour les deux hypothèses, le principe de l'acquisition forcée de mitoyenneté est alors amputé en cas de construction d'un mur à cheval sur la ligne séparative des deux fonds contigus. Certes, le Conseil constitutionnel a jugé de la constitutionnalité de la cession forcée de mitoyenneté. Cette cession forcée prévue par l'article 661 du code civil n'est pas contraire aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (12). Pourtant, la question demeure de savoir si l'hypothèse du mur à cheval sort définitivement ou pas de la mitoyenneté

forcée...

**Mots clés :**

**PROPRIETE** \* Mitoyenneté \* Cession forcée \* Empiètement \* Référé \* Contestation sérieuse

- (1) Civ. 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2007, n° 06-16.384 : Bull. civ. III, n° 147 ; D. 2007. 2467  ; AJDI 2008. 791 , obs. S. Prigent  ; RDI 2008. 204, obs. L. Tranchant  ; JCP 2008. I. 127, obs. H. Périnet-Marquet ; Constr.-Urb., 2007, comm. 223, note P. Chambord ; Defrénois 2008, n° 38755-2, obs. Ch. Atias.
- (2) Civ. 3<sup>e</sup>, 15 sept. 2010 : RDI 2010. 538, obs. L. Tranchant .
- (3) Civ. 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2007, préc.
- (4) H. Périnet-Marquet, obs. sous Civ. 3<sup>e</sup>, 19 sept. 2007 : JCP 2008. I. 127, n° 6.
- (5) S'il n'y avait pas eu ce problème de compétence du juge des référés qui excède ses pouvoirs en tranchant une question d'empiètement.
- (6) M. Boudot, Rép. dr. imm., Mitoyenneté, n° 88.
- (7) Civ. 1<sup>re</sup>, 21 nov. 1967 : Bull. civ. I, n° 339. Civ. 3<sup>e</sup>, 15 mars 1968 : Bull. civ. III, n° 120. Civ. 3<sup>e</sup>, 4 juill. 1968 : Bull. civ. III, n° 322. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 juill. 1969 : Bull. civ. III, n° 579. Civ. 3<sup>e</sup>, 26 juin 1979 : Bull. civ. III, n° 142 ; Civ. 3<sup>e</sup>, 8 juill. 1980 : Defrénois 1981. 442, obs. Souleau.
- (8) Civ. 3<sup>e</sup>, 8 mars 1972 : D. 1972. Somm. 156 ; Ann. loyers, 1973. 1067, n° 7649. Civ. 3<sup>e</sup>, 8 oct. 1974, JCP 1975. II. 17930, Thuillier.
- (9) Civ. 3<sup>e</sup>, 7 janv. 1971 : Bull. civ. III, n° 16 ; JCP 1971. II. 16696, note Goubeaux. Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 1982 : Gaz. pal. 1982. 357, obs. A. P. ; RTD civ. 1983. 560, obs. Giverdon et Salvage-Gerest.
- (10) Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 1998 : Bull. civ. III, n° 43 ; Defrénois 1998. 810, n° 12, obs. Ch. Atias.
- (11) Notamment Civ. 3<sup>e</sup>, 30 juin 1998 déjà cité.
- (12) Cons. const., QPC, 12 nov. 2010, n° 2010-60 ; D. 2011. 652 , note A. Cheynet de Beaupré  ; RDI 2011. 99, obs. L. Tranchant  ; RTD civ. 2011. 144, obs. T. Revet .