



■ Servitudes

10 141 - Les rapports entre servitude et empiètement

Une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui.

Cass. 3^e civ., 27 juin 2001 ; SCI Les Frégates c/ Épx Brec et a. [arrêt n° 1045 FS-P+B] [Juris-Data n° 2001-010354].

Mots-clés : Servitudes - Définition - Droit d'empiéter sur la propriété d'autrui (non).

Juris-Classeur : Civil Code, Art. 544, Fasc. 10, par Christophe CARON et Véronique RANOUIL et Art. 637 à 639, par Hugues PÉRINET-MARQUET.

LA COUR - (...) Sur le premier moyen, qui est recevable, du pourvoi de la SCI Les Frégates et le premier moyen du pourvoi incident du syndicat des copropriétaires de la résidence Castel Marie-Louise, réunis :

- Vu l'article 544 du Code civil, ensemble l'article 637 de ce code ;
- Attendu que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ; qu'une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire ;
- Attendu que pour débouter le syndicat des copropriétaires de la résidence Castel Marie-Louise (le syndicat) et la société civile immobilière

(SCI) Les Frégates de leur demande en démolition de la véranda prolongeant l'appartement des époux Brec, situé dans l'immeuble voisin de celui de cette copropriété, l'arrêt attaqué (CA Angers, 5 janv. 1998) retient que les époux Brec pouvaient se prévaloir d'une servitude par destination du père de famille ;

• Qu'en statuant ainsi, tout en constatant, par motifs adoptés, que la véranda litigieuse avait été édiflée en surplomb du fonds du syndicat, alors qu'une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui, la cour d'appel a violé les textes susvisés.

Par ces motifs, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur les deuxième et troisième moyens des deux pourvois :

• Casse et annule, sauf en ce qu'il reçoit l'intervention volontaire du syndicat des copropriétaires du 5, place Mendès-France et déclare recevable l'action engagée individuellement par la SCI Les Frégates en qualité de copropriétaire de l'immeuble situé 5, place Mendès-France à Angers, l'arrêt rendu le 5 janvier 1998, entre les parties, par la Cour d'appel d'Angers ; remet, en conséquence, quant à ce, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la Cour d'appel de Rennes ;

(...)

MM. Beauvois, prés., Guerrini, cons.-rapp., Sodini, av. gén. ; SCP Waquet, Farge et Hazan, SCP Masse-Dessen, Georges et Thouvenin, av.

Note : En énonçant, au visa des articles 544 et 637 du Code civil, qu'« une servitude ne peut conférer le droit d'empiéter sur la propriété d'autrui », la Cour de cassation entend, à nouveau (1), établir une frontière solide entre la propriété et l'un de ses démembrements, la servitude. Il n'y a pas de servitude lorsque la charge imposée au fonds servant est telle qu'elle prive le propriétaire de ce fonds de ses prérogatives de propriétaire. Le rappel était d'autant plus utile qu'il s'agissait en l'espèce de servitude du fait de l'homme dont l'établissement, sous certaines réserves, est entièrement libre comme le prévoit l'article 686 du Code civil (2). L'atteinte au droit de propriété constitue donc une de ces réserves : elle est qualifiée d'empiètement et non de servitude.

Cette opposition entre le simple démembrement du droit de propriété que constitue la servitude et la véritable exclusion de ce droit, constituée par l'empiètement sur la propriété d'autrui, ne fait que refléter l'opposition entre les deux thèses soumises à la Cour de cassation. Celle du syndicat des copropriétaires de la résidence Castel Marie-Louise et de la SCI Les Frégates, d'une part, qui demandent la destruction d'une véranda prolongeant l'appartement des époux Brec, construite en surplomb de leur propre fonds et donc empiétant sur ce fonds ; celle des époux Brec, d'autre part, qui se prévalent d'une servitude par destination du père de famille, la véranda ayant été édifée par l'auteur commun des deux propriétés - la leur au premier étage et celle du syndicat au rez-de-chaussée - avant la division intervenue en 1958 par la vente du premier étage. La cour d'appel donnera raison aux époux Brec, constatant souverainement que l'auteur commun aux deux propriétés contiguës, la Société des constructions mécaniques de l'Ouest, avait donné aux immeubles une destination que les propriétaires actuels doivent respecter. Ce pouvoir souverain de la cour d'appel (3) pour qualifier, en fait, le rapport de destination entre les deux fonds, aurait dû interdire à la Cour de cassation de prendre position sur la question. Mais la Cour de cassation se place en amont du raisonnement, sur le terrain de la définition même de la servitude, qui ne saurait avoir pour objet un empiètement sur la propriété d'autrui ; l'admettre c'est violer aussi bien l'article 637 du Code civil qui définit la servitude que l'article 544 du Code civil qui définit le droit de propriété.

Pour autant, la formule employée par la Cour de cassation demeure trop restrictive, une servitude pouvant constituer une véritable atteinte au droit de propriété du propriétaire du fonds servant, assimilable à un empiètement. Plutôt que de raisonner en termes, équivoques, d'empiètement sur le fonds servant (4), il aurait peut-être été préférable, pour rejeter toute idée de servitude, de raisonner en termes d'utilité de l'occupation ou de l'empiètement pour le fonds dominant (2).

1 - Empiètement et fonds servant

L'empiètement de la véranda des époux Brec sur le fonds de la résidence Castel Marie-Louise ne peut être sanctionné que si l'on

admet d'écarter de l'analyse le principe d'une dissociation juridique de la propriété du fonds servant (A) de même que l'on décide de rejeter l'assimilation du démembrement de la propriété à un empiètement (B).

A - La dissociation de la propriété du fonds servant

a) La propriété du sol emportant celle du dessus, la résidence Castel Marie-Louise, propriétaire du rez-de-chaussée, était en droit de demander la démolition de la véranda, construite en surplomb de son propre fonds et dont elle devenait propriétaire par le jeu de l'accession.

Ce mécanisme d'accession immobilière, lorsqu'il est appliqué aux constructions sur le terrain d'autrui, commande - selon l'article 555 du Code civil - une analyse de la bonne foi du constructeur qui, si elle est constatée, oblige le propriétaire du sol à conserver l'ouvrage construit contre le paiement d'une indemnité. Un tel régime n'est cependant pas applicable aux cas d'empiètement sur la propriété d'autrui. L'application de l'alinéa 4 de l'article 555 du Code civil à l'empiètement conduirait, en effet, à un résultat curieux : le propriétaire du terrain subissant l'empiètement deviendrait propriétaire de tout ce qui a été construit sur son sol moyennant une indemnité égale soit à la plus-value, forcément nulle, conférée au terrain du fait de la construction, soit au coût de la construction. Une jurisprudence ferme (4) décide ainsi de soumettre l'empiètement aux dispositions des articles 544 et 545 du Code civil, assimilant l'empiètement à une expropriation d'utilité privée (5). C'est dans cette lignée que se place le présent arrêt. Mais une telle solution peut paraître excessive, en particulier lorsqu'une dissociation de la propriété est possible.

b) La conciliation entre les droits des deux propriétaires de ces deux fonds contigus aurait pu se faire autour de l'idée de juxtaposition de deux propriétés divisées, celle du sol et celle de la superficie. La première revenant au propriétaire du rez-de-chaussée et la seconde au propriétaire de la véranda située au premier étage, en surplomb. Une telle juxtaposition de deux droits de propriété pleins et entiers, ayant pour objet deux biens différents, est connue de la jurisprudence (6) et admise en doctrine, malgré quelques controverses. Les droits de superficie qui supposent un découpage de la propriété entre, d'une part, le tréfonds (sous-sol) et, d'autre part, le sol et les ouvrages qui s'y trouvent, constituent une dérogation au principe de l'accession immobilière qui attribue, au propriétaire du sol, la propriété du dessus (7). Dans cette mesure, la véranda aurait pu faire l'objet d'une acquisition propre, indépendante de l'acquisition de la propriété du sol, et ce, comme l'ont invoqué les époux Brec (8) devant la cour d'appel, au titre d'une possession trentenaire (9). Or, c'est justement ce que leur refuse la Cour de cassation qui étend l'assiette de l'empiètement aussi bien à la propriété du sol qu'à celle du dessus, refusant une telle dissociation juridique de la propriété empiétée (10) au profit d'une compréhension large de l'empie-

(1) La Cour de cassation s'était déjà prononcée dans le même sens, de manière moins explicite cependant, indiquant que la servitude ne pouvait être constituée par « un droit exclusif interdisant au propriétaire du fonds servant toute jouissance de sa propriété » (Cass. 3^e civ., 24 mai 2000 : Bull. civ. III, n° 113 ; D. 2001, jurispr. p. 151, note R. Libchaber ; JCP G 2000, I, 265, n° 21, obs. H. Périnet-Marquet ; Defrénois 2000, p. 1170, obs. Atlas ; RD imm. 2000, p. 316, obs. Bergel).

(2) L'article 686 du Code civil énonce que : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble... ».

(3) J. Boré, La cassation en matière civile, Dalloz, 1997, p. 53, n° 1481 à 1483.

(4) Cass. 3^e civ., 21 nov. 1969 : D. 1970, jurispr. p. 426, note R. Lindon ; - dernière-ment, 20 mars 2002 : JCP G 2002, act. 175 ; Juris-Data n° 2002-013615, où la cour précise que « peu importe la mesure de l'empiètement - il s'agissait, en l'espèce, de quelques centimètres ».

(5) J. Carbonnier, Droit civil, Les biens, PUF, coll. Thémis, 1983, t. 3, p. 220, parle d'« attachement candide » de la Cour de cassation « au droit de propriété ».

(6) Cass. req., 6 mars 1861 : DP 1861, I, p. 418, qui indique que « le droit de superficie (...) constitue au profit de celui auquel il est conféré une véritable propriété dont il a

la libre disposition ». - Plus récemment, Cass. 3^e civ., 6 mars 1991 : Bull. civ. III, n° 84 ; JCP G 1992, II, 21890, note P. Ourliac ; RTD civ. 1992, p. 793, obs. F. Zénati.

(7) C'est l'adage « superficies solo cedit », consacré à l'alinéa 1^{er} de l'article 552 du Code civil. Plus généralement sur la question, cf. R. Savatier, La propriété de l'espace : D. 1965, chron. p. 36 et s., qui propose d'abandonner la géométrie plane pour aborder la propriété en termes de volumes dans l'espace.

(8) Les époux Brec ont justifié leur emprise sur la véranda par deux arguments : ils seraient bénéficiaires d'une servitude par destination du père de famille : ils seraient propriétaires au titre de la prescription acquisitive - de l'usucapion.

(9) L'acquisition d'un droit de superficie par l'écoulement du temps a été admise par la jurisprudence, cf. Cass. civ., 18 mai 1858 : DP 1858, I, p. 218 : « ... des plantations d'arbres sont susceptibles d'être acquises par prescription, séparément du sol sur lequel elles sont établies ».

(10) L'empiètement de la propriété d'autrui est divisible : il peut concerner la superficie uniquement, cf. pour l'avancement d'une toiture, Cass. 1^{re} civ., 24 mai 1965 : Bull. civ. I, n° 335, voire le tréfonds. - Cf. pour les fondations d'une maison, Cass. 3^e civ., 8 nov. 1978 : Bull. civ. III, n° 340.

ment qu'elle veut, cependant, distinguer du démembrement de la propriété que constitue la servitude.

B - Le démembrement de la propriété du fonds servant

a) Un premier critère peut fonder la différenciation (11) à laquelle la cour procède, entre la servitude, simple démembrement du droit de propriété, et l'empiètement, exclusif de tout droit de propriété.

Le démembrement serait juridique puisqu'il consisterait à réduire les prérogatives du propriétaire et à en limiter l'exercice, indépendamment de toute assiette : la charge imposée au fonds servant peut interdire au propriétaire, en cas de servitude *non aedificandi* ou de servitude de vue par exemple, de construire un bâtiment, mais ne l'empêche pas d'exercer tous les attributs de la propriété - *abusus, usus, fructus* -, dans la limite de cette charge qui affecte son fonds. En revanche, l'empiètement serait un dépassement matériel (12) d'une construction, interdisant *de facto* au propriétaire du terrain empiété d'exercer ses prérogatives de propriétaire sur la bande de terrain usurpée.

Mais cette distinction entre le démembrement juridique et l'empiètement matériel paraît artificielle dans la mesure où la Cour de cassation sanctionne non pas simplement le fait matériel de l'empiètement, la voie de fait qu'il constitue (13), mais son résultat : l'expropriation privée. C'est donc bien l'atteinte au droit de propriété qui est également sanctionnée.

Comment alors distinguer la servitude de l'empiètement ?

Un second critère pourrait fonder la distinction : le démembrement entraînerait une atteinte partielle et l'empiètement une exclusion totale du droit de propriété. Cette intensité de l'atteinte paraît également difficile à mettre en œuvre : l'assiette de l'atteinte peut être totale ou partielle dans l'un comme dans l'autre cas. Une toiture qui s'avance sur le fonds voisin constituera une atteinte partielle au fonds voisin n'interdisant pas à son propriétaire d'exploiter le sol ; elle sera tout de même constitutive d'un empiètement. Inversement, une servitude de vue pourra affecter tout le fonds voisin en interdisant toute construction ; bien que totale, l'atteinte sera qualifiée de servitude.

Sous cet angle également, le critère de distinction paraît difficilement acceptable, rendant incertaine l'interdiction faite aux époux Brec de se prévaloir d'une servitude qui aurait pour objet d'empiéter sur le terrain contigu.

b) Ne doit-on pas plutôt considérer, au rebours de la formulation de la Cour de cassation, que toute servitude entraîne obligatoirement un empiètement sur la propriété d'autrui, sur celle du fonds servant précisément ?

Dans son *Traité élémentaire de droit civil* de 1906 (14), Planiol indique explicitement que, pour exister, la servitude doit constituer un empiètement sur les droits d'autrui. En effet, à l'occasion de l'étude des conditions que la possession trentenaire d'une servitude doit remplir pour conduire à l'usucapion, il indique : « Pour que la possession soit capable de conduire à l'usucapion d'une servitude, il faut, de plus, qu'elle constitue un empiètement sur les droits d'au-

trui. Celui qui ne dépasse pas son propre droit n'a rien à prescrire : sa possession, si prolongée qu'elle soit, n'ajoutera rien aux avantages dont il jouit déjà ». Planiol éclaire ensuite cette idée par l'exemple d'un mur privatif, construit à l'extrême limite d'un fonds, dans lequel des jours sont ouverts ; ces jours, parce qu'ils ne sont pas nuisibles au voisin, ne sauraient créer au profit du propriétaire du mur une servitude de vue sur le fonds voisin, fut-elle le fruit d'une possession trentenaire. Le fonds servant supporte ainsi, par essence, un empiètement (15).

Comment alors concilier l'emprise des époux Brec sur la véranda et l'accession immobilière dont bénéficie le syndicat des copropriétaires sur cette même véranda ? En ne prenant pas comme référence le fonds servant mais le fonds dominant. Si l'exercice d'une servitude se traduit obligatoirement par un empiètement sur le fonds servant, en revanche, un tel empiètement n'est pas nécessairement utile au fonds dominant. C'est en particulier le cas en matière de servitude par destination du père de famille où aucun auteur, propriétaire de deux terrains contigus, ne saurait prétendre établir une servitude ayant pour objet l'empiètement ou l'occupation d'un fonds au profit de l'autre, occupation ou empiètement qui paraissent tout à fait inutiles au fonds dominant, dont il suffit de redessiner l'assiette au moment de la division de la propriété.

Ce ne peut donc pas être l'empiètement du fonds servant qui exclut l'admission de la servitude par destination du père de famille dont se prévalent les époux Brec, puisque toute servitude suppose un empiètement ; ce serait, plus fondamentalement, l'inutilité pour le fonds dominant d'une servitude ayant exclusivement pour objet d'empiéter sur le fonds servant qui pourrait faire échec à son établissement.

2 - Empiètement et fonds dominant

Les époux Brec invoquent, au profit du fonds dont ils sont propriétaires, une servitude par destination du père de famille qui aurait été établie par le propriétaire de deux fonds qui se font face, au premier étage et au rez-de-chaussée. Pour être admise au rang de servitude, il est nécessaire, cependant, de démontrer la volonté de l'auteur commun d'établir une telle servitude, avant la division du fonds. Or cette volonté est loin d'être acquise en l'espèce, l'objet de la servitude, particulièrement l'occupation ou l'usage du fonds d'autrui, étant difficilement compatible avec la qualité de servitude par destination du père de famille : il est plus qu'invraisemblable que le propriétaire commun des deux fonds, aujourd'hui divisés, ait choisi d'établir au profit de l'un des deux fonds un tel rapport de destination ; l'occupation, l'usage ou l'empiètement apparaissent dénués de toute utilité pour le fonds dominant (A) ; ils constituent simplement une extension de ce fonds incompatible avec une servitude de destination du père de famille (B).

A - L'utilité de l'empiètement pour le fonds dominant

a) S'il est vrai que le droit de passage ou de puisage ou toute autre servitude peut avoir pour effet principal d'occuper, d'user ou

(11) Cette différenciation paraît encore plus difficile à faire si l'on présente la servitude non pas simplement comme un démembrement du droit de propriété mais comme une limite inhérente au droit de propriété telle qu'elle est inscrite à l'article 544 du Code civil (« pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé... »), auquel cas empiètement et servitude constituent deux formes assimilables l'une à l'autre de limitation du droit de propriété, la première étant interdite, la seconde autorisée sous réserve. Cette présentation de la servitude est faite, en matière de servitudes naturelles et légales, par Demolombe, *Traité des servitudes ou services fonciers*, 5^e éd., 1872, t. I, p. 13 et s., spéc. p. 14 et 15.

(12) Sur la caractéristique matériel de l'empiètement, M. Raynal, *L'empiètement matériel sur le terrain d'autrui en droit privé* : JCP G 1976, I, 2800.

(13) L'empiètement est constitutif d'une faute, au sens de l'article 1382 du Code

civil, cf. Cass. 3^e civ., 10 nov. 1992 : Bull. civ. III, n° 292 ; RTD civ. 1993, p. 360, obs. Jourdain et p. 850, obs. Zénati.

(14) Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDJ, 4^e éd., 1906, t. I, p. 953, n° 2957 - nécessité d'un empiètement sur le droit d'autrui. - Pour une application de ces principes à une servitude de vue dont l'établissement est contesté par la Cour de cassation, cf. Cass. 3^e civ., 12 avr. 1972 : Bull. civ. III, n° 220.

(15) L'empiètement est flagrant dans la servitude « *tigni immutendi* » qui autorise le bénéficiaire de la servitude à poser des poutres ou des solives dans le mur du voisin : quant à la servitude de marnage ou d'extraction de matériaux, qui permet, pour les besoins d'un fonds, de prendre de la marnage ou des matériaux déterminés dans la carrière d'autrui, elle constitue une véritable exclusion du droit de propriété sur le matériau extrait (cf. Rép. civ. Dalloz, 1947, vol. 3, V^o Servitudes, p. 143).

d'empiéter sur le fonds servant, il n'en est pas moins établi que l'objet n'en est pas l'occupation elle-même, qui ne demeure qu'un moyen d'exercice de la servitude. Utile au fonds dominant, la servitude ne saurait se limiter à constituer une nuisance pour le fonds servant. Le passage est utile au fonds dominant parce qu'il permet l'accès à une voie publique tout comme le puisage permet l'accès à une source d'eau : l'objet de la servitude réside dans l'accès à la voie publique ou à la source d'eau utile à un fonds qui en est privé. En revanche, une servitude qui aurait pour seul objet d'occuper ou d'user du fonds d'autrui ne présente aucune utilité pour le fonds dominant : elle est tout au plus un accommodement personnel (16) ne constituant une utilité pour le propriétaire qu'au moment même de son occupation sur le fonds servant et, qui plus est, s'exerçant sur le fonds servant lui-même - ici, sur la véranda ; le fonds dominant n'est donc jamais concerné. En ce sens, une telle servitude ne répond pas à la définition de l'article 637 du Code civil, non en ce qu'elle a pour effet d'empiéter sur la propriété d'autrui, ce qui est généralement le cas, mais en ce qu'elle a pour objet exclusif d'occuper ou d'empiéter sur cette propriété : à ce titre, elle est dénuée de toute utilité pour le fonds dominant lui-même et constitue un simple agrément pour le propriétaire, assimilable à un droit de jouissance (17).

Certes, le droit suisse admet de telles servitudes qui ont pour objet exclusif l'empiètement sur la propriété d'autrui (18). Mais de telles servitudes sont légales et naissent de l'empiètement lui-même : elles permettent d'éviter la destruction de la construction qui empiète sur le terrain d'autrui tout en conservant le droit de propriété du propriétaire du terrain empiété ; une telle servitude disparaît dès que disparaît l'empiètement. On conçoit mal, en revanche, avant même que naisse l'empiètement, au moment où les deux fonds sont réunis, qu'un rapport de destination puisse être établi entre deux fonds avec l'empiètement ou l'occupation pour objet.

b) En effet, en cas de destination du père de famille, un tel objet paraît incompatible avec les conditions d'établissement de la servitude. Soit, en effet, l'auteur commun, ici la Société des constructions mécaniques de l'Ouest, a souhaité que le futur propriétaire de l'appartement du premier étage dispose d'une véranda construite en surplomb d'un appartement relevant d'un autre fonds, soit il ne l'a pas souhaité. Dans le premier cas, la vente de l'appartement du premier étage aurait dû inclure cette véranda, et, dans le second cas, son exclusion devrait autoriser les propriétaires du rez-de-chaussée à en prendre possession ou à en demander la destruction. Avant la division des fonds, il est parfaitement loisible au propriétaire commun de dessiner les contours des deux fonds en excluant ou en incluant une véranda : pourquoi établir une servitude ? quelle utilité pour le fonds dominant ? Il suffit, en effet, pour atteindre cet objectif, d'inclure la véranda dans l'assiette de la propriété du fonds dominant.

L'occupation, l'usage ou l'empiètement d'un fonds sur un autre ne saurait donc constituer un rapport de destination vraisemblable, contrairement au souhait des époux Brec. Dans cette mesure, ce n'est pas tant l'empiètement que provoque la servitude qui constitue un échec à sa reconnaissance que l'absence d'utilité pour le fonds dominant d'un tel empiètement, objet exclusif de la prétendue servitude par destination du père de famille.

B - L'empiètement, objet de la destination du père de famille

La contiguïté des deux fonds a fait naître, dans l'esprit des époux Brec, l'idée d'invoquer l'existence d'une servitude. Non pas que la servitude suppose la contiguïté (19) des fonds, mais elle se réduit à un rapport entre deux fonds, tout comme l'empiètement.

Encore fallait-il choisir le bon mode d'établissement de la servitude ! Que ce choix ait porté sur la destination du père de famille peut s'expliquer par l'absence de possession d'un titre propre et par l'impossibilité de faire jouer la possession trentenaire ; le seul mode d'établissement d'une servitude du fait de l'homme était donc, pour eux, la destination du père de famille - valant titre. Une telle option résultait de l'objet que les époux Brec donnaient à leur servitude : « l'occupation », « l'usage » ou « l'empiètement » sur une partie du fonds voisin, précisément de la véranda. Un tel objet conférerait nécessairement à la servitude un caractère, certes apparent, mais discontinu (20), leur interdisant de se prévaloir de la prescription acquisitive.

Mais, même au sein du régime des servitudes par destination du père de famille, ils ne pouvaient répondre aux exigences de la loi. En effet, les articles 692 et 694 du Code civil prévoient, selon l'interprétation qu'en fait la jurisprudence (21), des conditions spécifiques à l'établissement d'une servitude du père de famille, précisément que la servitude soit continue et apparente ou, en cas de servitude discontinue et apparente, ce qui est le cas ici, que soit produit l'acte de division du fonds ne contenant aucune stipulation contraire à la servitude. Or en l'espèce, seul l'acte d'acquisition d'un fonds déjà divisé (22) était produit, bloquant l'application de l'article 694 du Code civil et rendant impossible la démonstration de l'existence d'une telle servitude.

En réalité, l'argument soulevé par les époux Brec pour justifier leur emprise sur la véranda n'aurait pas pu prospérer, sauf à admettre qu'une servitude pouvait avoir pour objet une véritable extension du fonds dominant sur le fonds servant, ramenant la destination du père de famille à un mode de transmission de la propriété (23).

Jean-Luc ELHOUEISS,
Maître de conférences à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III)

(16) La jurisprudence demeure cependant souple puisqu'elle accepte qu'une simple commodité personnelle puisse constituer une servitude : pour un droit concédé sur un terrain à usage de jardin public. cf. Cass. 3^e civ., 9 juill. 1980 : JCP G 1980, IV, p. 364.

(17) L'article 543 du Code civil distingue bien entre la propriété, la jouissance et les services fonciers : le droit de jouissance est temporaire alors que les servitudes sont perpétuelles.

(18) L'article 674 du Code civil suisse dispose que « les constructions et autres ouvrages qui empiètent sur le fonds voisin restent partie intégrante de l'autre fonds, lorsque le propriétaire de celui-ci est au bénéfice d'un droit réel », et précise que « ces empiètements peuvent être inscrits comme servitudes au registre foncier ». Sur ce point. R. Libchaber, note préc. note (1), p. 155, qui rappelle que l'admission d'une véritable servitude ayant pour objet l'empiètement ou l'occupation de la propriété d'autrui permettrait de trouver un équilibre raisonnable entre les droits du propriétaire du terrain qui fait l'objet d'un empiètement, qui « continuera de subir l'embarras de l'empiètement, mais aura à tout le moins l'assurance de pouvoir retrouver à terme une jouissance pleine et entière d'un fond », et les droits du constructeur qui a procédé à l'empiètement à qui la servitude « garantit la stabilité de son avancée dès lors qu'elle est explicitement admise ». Le recours à cette servitude d'empiètement n'apparaît cependant fondé que dans l'hypothèse où l'on fait naître cette servitude entre deux fonds privatifs, dont il est

découvert que l'un empiète sur l'autre. On ne saurait l'imaginer dans l'espèce actuelle où il est prétendu qu'une telle servitude serait née par la volonté du propriétaire commun et originaire des deux fonds contigus.

(19) L'article 633 du Code civil dans sa première rédaction présentée par Treillard devant le Conseil d'État définissait la servitude comme une charge imposée à un héritage pour l'usage ou l'utilité « d'un héritage voisin » ; le mot « voisin » a ensuite été retiré lors de la discussion devant la section législative du Tribunal, au motif qu'il peut exister des servitudes entre des fonds séparés par une propriété intermédiaire, cf. Fenet, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Paris, 1877, t. 11, p. 245 et s., spéc. p. 281 et 282, et p. 317 et 318.

(20) L'article 688 du Code civil définit les servitudes discontinues comme celles qui « ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées ».

(21) Cass. 1^{re} civ., 15 mai 1961 : Bull. civ. I, n° 247, qui exige la production de l'acte de division du fonds en cas de servitude apparente et discontinue - il s'agissait d'un droit de passage.

(22) Un tel acte de vente ultérieur ne saurait être assimilé à un acte de division au sens de l'article 694 du Code civil, cf. Cass. 3^e civ., 5 oct. 1971 : D. 1972, jurispr. p. 77.

(23) Cf. H. Périnet-Marquet, Droit des biens : JCP G 2002, I, 126, spéc. n° 18.