

LA MITOYENNETE

Quelques précisions sur le rachat forcé

Eric Riquier
assistant à la faculté de droit de l'ULB
avocat aux barreau de Bruxelles

I. Bref rappel des définitions

1. La mitoyenneté est la copropriété d'une clôture séparative de fonds appartenant à des propriétaires distincts¹. Par le passé, certains ont soutenu l'idée que la propriété du mur devait être divisée dans le sens de la hauteur et sur toute sa longueur, chacun des voisins étant propriétaire de la partie du mur construite sur son terrain² ; cette thèse, déjà combattue dans l'ancien droit³, est aujourd'hui abandonnée.

Par *clôture*, l'on entend toute forme de séparation entre les fonds : mur, palissade, haie, fossé, arbres, etc.

Le Code civil traite, dans ses articles 653 à 673⁴, des murs et fossés, non des autres formes de séparation. L'essentiel de ces dispositions concernent cependant les murs.

II. Régime juridique de base de la mitoyenneté

2. En ce qu'elle est une copropriété, la mitoyenneté est une copropriété accessoire ; elle est l'accessoire des fonds que la clôture sépare.

Elle est, en cette qualité, soumise au régime de l'article 577-2 du Code civil. En particulier, aucun des indivisaires ne peut faire sur la clôture, sans le consentement de l'autre, que les actes purement conservatoires et d'administration provisoire (article 577-2 § 5 et 6). L'article 577-2 § 9, al. 1, dispose que "*les biens immobiliers indivis qui sont affectés à l'usage commun de deux ou plusieurs héritages distincts appartenant à des propriétaires différents ne sont point sujets à partage.*"

Mais c'est une copropriété particulière, et de là son régime particulier tel qu'il est organisé aux articles 653 et suivants du Code, qui complète le régime général de l'article 577-2.

Ce régime particulier peut également amener à nuancer ou préciser le régime de droit commun. Ainsi, alors que l'article 577-2 permet à chacun des indivisaires de se servir de la

¹ J.P. Westerlo n° 99A339, 14 octobre 2002, *R.W.* 2005-06, liv. 37, 1476 : "*Un mur mitoyen est un mur qui se trouve à la limite de deux fonds appartenant à des propriétaires différents et qui appartient en copropriété à ces propriétaires.*"

² TOULLIER, t. III, n° 183 ; TAULIER, t. II, p. 378.

³ "Vaine subtilité", selon POTHIER.

⁴ Les articles 669 à 673 ont cependant été abrogés en 1886.

totalité du bien indivis comme s'il en était le seul propriétaire, lorsque ce bien est un mur mitoyen, cette faculté ne vaut que pour "*la face du mur qui regarde son héritage.*"⁵

Ainsi, également, par dérogation du droit commun de la copropriété qui interdit aux indivisaires de modifier la chose commune, les propriétaires mitoyens peuvent opérer sur le mur certains travaux sans le consentement de l'autre. L'article 657 du Code autorise le placement de solives et de poutres, et l'article 658 autorise l'exhaussement. Ces droits spéciaux sont soumis à certaines conditions.

Enfin, la faculté d'abandon en vue de se soustraire à certaines charges, déroge aussi au droit commun.

III. Origine de la mitoyenneté - mitoyenneté originaire - mitoyenneté acquise

III.1. Principes

3. L'article 653 du Code civil énonce que, "*dans les villes et campagnes, tout mur servant de séparation entre bâtiments jusqu'à l'héberge, ou entre cours et jardins, et même entre enclos dans les champs, est présumé mitoyen, s'il n'y a marque du contraire.*"

La notion de villes et faubourgs, indépendante des règles et critères propres au droit administratif, dépend notamment de la nature (utilisation commerciale par exemple) et du nombre d'habitations⁶.

Suit l'article 654 qui énonce certains indices de nature à aider à la recherche de la solution en cas de doute : la forme du faîte, la présence d'un chaperon ou des filets à corbeaux de pierre placés lors de la construction du mur.

Mais l'article 653 n'énonce qu'une présomption, non irréfragable, et les éléments mentionnés par l'article 654 ne sont que des indices destinés à renforcer ou, le cas échéant, contredire cette présomption.

Car, à la base, reste le principe de l'accession immobilière qui conduit à considérer que, quelles que soient les particularités du mur, il n'est mitoyen que s'il est bâti à cheval sur la limite séparative des fonds. Les règles des articles 653 et 654 ne sortiront donc leurs effets que si cette limite est indéfinie ou n'est pas possible à tracer.

III.2. Origine de la mitoyenneté - la présomption de propriété de l'article 553

Le mur construit à cheval sur la limite séparative des fonds est mitoyen, quel que soit le voisin qui l'a construit et malgré les présomptions établies par les articles 653 et 654 du Code civil.

⁵ Cass., 3 février 1944, *Pas.*, 1944, I, 180.

⁶ Bruxelles (2e ch.) 5 février 2003, *J.L.M.B.* 2003, 1211.

4. De cela, il se déduit que la mitoyenneté peut avoir deux origines : soit le mur a été construit à cheval sur la limite séparative des héritages, et il est alors mitoyen dès l'origine - on parlera de mitoyenneté originaire -, soit il a été bâti sur un seul des deux fonds et la mitoyenneté ne pourra survenir que si elle a été acquise par le propriétaire de l'autre fonds - on parlera de mitoyenneté acquise -.

5. Cette précision a son importance car les règles généralement bien connues des géomètres, relatives à l'acquisition forcée de la mitoyenneté, ne trouvent à s'appliquer que si le mur n'est pas mitoyen.

Or, si le mur est construit à cheval sur la limite séparative, il est mitoyen, dès son origine, par l'effet du mécanisme de l'accession et plus particulièrement des articles 551 et 552 du Code qui énoncent que "*tout ce qui s'unit et s'incorpore à la chose appartient au propriétaire (...)*" (article 551) et "*la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous*" (article 552).

6. Ceci nous conduit à un bref rappel des règles de l'accession de meuble à immeuble (articles 551 et suivants du Code civil).

L'article 553 du Code civil dispose, dans sa première partie, que "*toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, sont présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est pas prouvé (...)*." Cet article énonce trois présomptions - (1) c'est le propriétaire du fonds qui a effectué les travaux, (2) il les a faits à ses frais et (3) ils lui appartiennent - qui sont toutes trois *iuris tantum*, c'est-à-dire non irréfragables. Les deux premières sont sans intérêt pour notre propos, mais, s'agissant de la troisième, elle laisse entendre que, dans certains cas, le mur, bien que construit sur un seul des deux fonds, pourrait appartenir au propriétaire de l'autre fonds, ou que, construit à cheval, pourrait n'appartenir qu'à un seul des voisins, ceci en contrariété, donc, avec ce qui vient d'être dit relativement aux articles 551 et 552.

Une précision s'impose donc.

Le renversement de la présomption de propriété ne peut se faire que de deux façons : soit par la preuve d'une prescription acquisitive, soit par la preuve d'un titre qui permettrait à un tiers - ici le voisin - d'être propriétaire des constructions effectuées sur le sol d'autrui.

L'hypothèse de la prescription est rare. Non que les cas d'usucapion le soient, mais il est peu probable que celui qui aurait effectué des constructions sur le terrain d'autrui et qui en aurait ensuite joui dans les conditions de la prescription, pendant trente ans, n'aurait pas prescrit en même temps la propriété du sol sur lequel elles reposent. Une telle situation ne pourrait résulter que d'actes de nature à établir que le constructeur du mur se serait comporté comme propriétaire de celui-ci⁷ et d'actes de nature à établir sa reconnaissance de ce que la bande de sol en dessous ne lui appartiendrait pas.

Quant à la seconde, elle suppose que celui qui a construit sur le sol d'autrui dispose d'un droit de superficie⁸ ; rare en pratique également.

⁷ Ce qui pourrait se déduire de son utilisation, du fait, par exemple, que ce mur ferait partie de sa bâtisse.

⁸ Le droit de superficie - l'un des neuf droits réels - est celui qui permet à son titulaire d'être propriétaire de constructions érigées sur le fonds d'autrui.

7. Mais ce qu'il importe de comprendre ici, c'est que les présomptions établies par les articles 653 et 654 ne sont pas de nature à renverser la présomption de l'article 553 ; c'est au contraire le processus qui s'opère.

Citons à ce propos une décision du tribunal civil de Gand, du 9 mai 2003, qui a le mérite de remettre parfaitement en perspective le régime de l'accession et celui des articles 653 et suivants du Code civil :

*"La présomption de mitoyenneté est infirmée tant par les circonstances de fait des travaux de construction sur terrain propre que par la présomption légale des articles 552 et 553 du Code civil. La situation de mitoyenneté ou de copropriété présumée par la loi est une exception au régime du droit de propriété exclusif et devra donc être appliquée restrictivement. En tant que régime d'exception, elle ne peut certainement pas primer sur le principe général"*⁹.

8. En résumé, lorsque, à l'occasion d'un mesurage ou à l'examen de tous éléments utiles généralement quelconques, il est constaté que le mur est construit à cheval sur la limite séparative, il doit être présumé qu'il est mitoyen, quel que soit celui des voisins qui l'a construit, et seules les circonstances suivantes pourraient venir renverser cette présomption :

1ère hypothèse : celui qui a construit le mur disposait d'un droit de superficie sur le fonds du voisin, à tout le moins sur la bande de terre qui est l'assiette du mur.

Dans ce cas, le mur appartient dans son entièreté à celui qui l'a construit, et cette propriété durera jusqu'à l'échéance du droit de superficie¹⁰.

2ème hypothèse : celui qui a construit le mur ne disposait d'aucun droit de superficie sur le fonds voisin, mais il a ensuite possédé le mur de manière utile¹¹, et en a donc prescrit la propriété après trente ans.

La prescription peut avoir porté sur la pleine propriété du mur - hypothèse rare - mais aussi sur la propriété indivise - situation plus courante -. Si la prescription a porté sur la propriété entière, le voisin constructeur sera devenu plein propriétaire du mur originairement construit chez le voisin. Dans le second cas, le mur sera devenu mitoyen.

Hors ces deux hypothèses, rien ne permet de renverser la présomption de mitoyenneté, et en tout cas pas les présomptions établies par les articles 653 et 654. C'est donc une erreur communément commise que de penser que le mur n'est pas mitoyen parce que l'un des voisins n'aurait pas participé aux frais de sa construction.

Les présomptions des articles 653 et 654 joueront donc lorsqu'il n'aura pas été possible de déterminer la limite séparative. Dans ce cas, le mécanisme s'inverse en effet : à défaut de pouvoir tracer la limite sur base de plans, de bornes existantes, etc, c'est le mur lui-même, seul élément tangible à disposition de l'expert, qui deviendra l'élément déterminant de la fixation de la limite. Et, là, les présomptions des articles 653 et 654 sortiront tous leurs effets puisque, rien ne pouvant les renverser, elles conduiront nécessairement à placer la limite d'un côté du mur ou sur son axe.

⁹ Civ. Gand, 9 mai 2003, T.G.R. 2003, liv. 5, 254, note.

¹⁰ Maximum 50 ans. A l'issue du droit de superficie, les constructions, à moins d'avoir été enlevées, deviennent propriété du propriétaire du fonds. Le mécanisme de la superficie conduit donc à écarter, pour un temps, le principe de l'immédiateté de l'accession.

¹¹ Rappelons qu'une possession est utile lorsqu'elle est continue, paisible, publique et non équivoque.

Avant d'engager les parties dans un processus de rachat de mitoyenneté, il est donc essentiel de s'être assuré que le mur n'est pas déjà mitoyen.

IV. La prescription acquisitive de la mitoyenneté

Trente années d'une possession utile du mur au titre de propriétaire mitoyen, font acquérir la mitoyenneté.

9. L'on vient d'évoquer brièvement le mécanisme de l'usucapion. Rappelons que la prescription acquisitive est un mode originaire d'acquisition de la propriété et de certains droits réels, qui fait acquérir le droit par la possession de celui-ci, dans certaines conditions et pendant un certain temps.

La possession, c'est l'exercice du droit comme si l'on en était le titulaire. La prescription acquisitive de la mitoyenneté découlera donc de l'usage du droit de copropriété du mur, pendant un certain temps et dans certaines conditions.

En règle, le délai sera de trente ans. Quant aux conditions, ce sont celles qui font de la possession une possession *utile*. La possession est dite *utile* lorsqu'elle est continue¹², publique, paisible et non équivoque. Ce sont là les seules conditions nécessaires à la prescription acquisitive, la bonne ou la mauvaise foi de celui qui prescrit étant indifférente.

L'usucapion de la propriété immobilière peut également intervenir après un délai moindre, de dix à vingt ans, si la possession est fondée sur un titre juste et réel¹³, et si le possesseur était de bonne foi à l'*initium possessionis*.

10. La mitoyenneté, qui est une copropriété comme on l'a dit, est donc susceptible de s'acquérir par prescription.

Ainsi, dès le moment où le voisin prendra possession du mur non mitoyen, à titre de copropriétaire mitoyen, dans des conditions qui justifieraient le rachat forcé, un délai de trente ans commencera à courir, au terme duquel, à défaut d'une action interruptive de la prescription, celle-ci sera acquise au possesseur. Le plus souvent, c'est une action tendant au rachat forcé de la mitoyenneté qui interrompra la prescription.

Naturellement, la prescription ne sera acquise que si la possession a été utile, et il faut donc prendre garde *notamment* aux situations dans lesquelles le propriétaire du mur n'aura pas pu voir l'emprise de son voisin ; en pareil cas, la possession devient clandestine et cesse de produire ses effets.

Enfin, des actes procédant d'une pure tolérance du propriétaire du mur ne peuvent donner lieu à prescription (article 2232 du Code civil). Le professeur HANSENNE cite, à titre d'exemples, le cas du voisin qui plante des clous ou qui peint son côté du mur¹⁴.

¹² La continuité est présumée. Si je prouve que j'ai possédé il y a 30 ans, et que je suis possesseur aujourd'hui, l'on présume que la possession a été ininterrompue entre ces deux moments.

¹³ Le titre est *juste* lorsqu'il est conforme au droit. Il est *réel* lorsqu'il existe, par opposition au titre putatif que le possesseur croit avoir mais, en réalité, n'a pas.

¹⁴ HANSENNE, *Les biens*, n° 970 p. 985 et la jurisprudence citée par l'auteur.

V. Le régime du mur construit sans l'accord du voisin

Bien que construit sur la limite séparative sans l'accord du voisin, ce dernier ne pourra en exiger la démolition s'il était tenu de consentir à sa construction. Quant au mur construit entièrement sur le fonds du voisin, il pourrait être abusif, dans le chef de ce dernier, d'en demander la démolition.

11. Deux hypothèses doivent être envisagées : celle du mur mitoyen construit sur la limite mitoyenne d'une part, celle du mur construit entièrement chez le voisin d'autre part.

Dans les deux cas de figure, il apparaît de prime abord que le voisin mis devant le fait accompli est en droit d'exiger la démolition du mur. En effet, si le mur est mitoyen, il résulte de l'article 663 du Code civil que le voisin devait être consulté avant la construction ; s'il n'est pas mitoyen, c'est encore plus simple puisque nul ne peut, *motu proprio*, construire un mur sur un fonds qui ne lui appartient pas.

Cette solution doit toutefois être écartée, du moins dans certaines limites.

12. Si le mur a été construit sur la limite séparative, notre cour de cassation¹⁵ a estimé que le voisin ne pouvait en demander la démolition dans tous les cas où il aurait été légalement tenu d'accepter la construction.

Il s'agit essentiellement de l'hypothèse visée par l'article 663 du Code civil : "*chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparation de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites villes et faubourgs (...)*".

Notons que ce ne sera pas le cas si le mur a été construit sans permis puisque, dans un tel cas, le voisin n'aurait pas été tenu d'y consentir¹⁶.

13. Dans tous les autres cas, et donc en particulier si le mur a été construit entièrement sur le fonds voisin, seule la théorie de l'abus de droit sera de nature à faire obstacle à la demande de démolition. Rappelons qu'il y a abus de droit dans trois cas de figure : lorsque celui qui exerce son droit - ici celui de demander la démolition - le fait à seul dessein de nuire ; lorsque, entre plusieurs manières d'exercer son droit, il choisit la plus dommageable pour autrui ; et lorsqu'il ne retire, de l'exercice de son droit, qu'un avantage jugé insuffisant en regard des inconvénients qu'il occasionne à autrui¹⁷.

Dans l'appréciation d'un tel abus, il faudra évidemment tenir compte, entre autres, de l'utilité que le mur peut avoir pour le voisin qui en demande la démolition, et de la distance à laquelle il a été construit par rapport à la limite. Car le maintien du mur fait évidemment perdre une bande de terrain au voisin, d'autant plus importante - et donc dommageable - que le mur aura été construit largement au-delà de la limite.

14. Nous reviendrons plus loin sur le régime de l'indemnisation. Il nous faut cependant d'abord aborder la question - habituelle - du rachat de la mitoyenneté.

¹⁵ Cass., 13 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, 158.

¹⁶ Cass., 4 octobre 1956, *Pas.*, 1957, I, 90.

¹⁷ Pour un exemple d'application de la théorie de l'abus de droit à une demande de démolition, voyez : .P. Fontaine-l'Evêque 22 janvier 2004, *J.L.M.B.* 2005, liv. 5, 220.

V. Le régime de l'acquisition forcée de la mitoyenneté - Evolution récente de la jurisprudence de la cour de cassation

V.1. Principes

15. L'article 660 du Code énonce que *"le voisin qui n'a pas contribué à l'exhaussement, peut en acquérir la mitoyenneté en payant la moitié de la dépense qu'il a coûté, et la valeur du sol fourni pour l'excédent d'épaisseur, s'il y en a."*

L'article 661 du Code dispose quant à lui que *"tout propriétaire joignant un mur, a de même la faculté de le rendre mitoyen en tout ou partie, en remboursant au maître du mur la moitié de sa valeur, ou moitié de la valeur de la portion qu'il veut rendre mitoyenne, et moitié de la valeur du sol sur lequel le mur est bâti."*

16. Le texte légal rappelé ci-dessus ne concerne que la vente forcée. Néanmoins, la jurisprudence a développé, sur la base de ce texte, une autre règle, inverse, selon laquelle le propriétaire du mur peut contraindre son voisin à en acheter la mitoyenneté.

Le régime de l'achat forcé reste cependant différent de celui de la vente.

V.2. Conditions du rachat forcé - jurisprudence constante de la cour de cassation

Le rachat forcé de la mitoyenneté suppose une intention non équivoque de la racheter, laquelle ne peut se déduire que d'une emprise matérielle sur le mur et du refus de mettre fin à cette emprise. La seule circonstance que le constructeur du second mur tire avantage du premier n'est, en soi, pas suffisant.

17. Si aucune condition n'est fixée pour la vente forcée, sinon la volonté d'acheter, pour faire droit une demande de rachat forcé, en revanche, le juge doit constater non seulement la volonté de vendre mais aussi la volonté d'acheter du voisin.

La première se déduira logiquement de la demande elle-même car l'on n'imagine pas que celui qui assigne en rachat forcé ne souhaite pas vendre.

Quant à la seconde, elle ne peut se déduire, on le sait, que d'une *"usurpation ou une voie de fait valant possession"* et à laquelle l'usurpateur aura refusé de mettre fin. Comme le professeur HANSENNE, nous estimons que la volonté d'acquérir ne se déduit pas seulement de l'usurpation, mais, aussi et surtout, du refus d'y mettre un terme¹⁸. La cour de cassation a

¹⁸ HANSENNE, *Les biens*, n° 971 p. 987 ; en ce sens : Cass., 18 février 1983, *Pas.* 1983, I, 692 : *"L'appropriation d'un mur existant n'entraîne pas nécessairement la mitoyenneté; le propriétaire lésé peut notamment réclamer la cessation de cette appropriation et même demander des dommages-intérêts."*

d'ailleurs rappelé ces règles dans un arrêt du 28 juin 2001¹⁹ : *"le droit pour le propriétaire d'un mur séparatif de contraindre son voisin à acquérir la mitoyenneté de ce mur suppose que ce voisin commette une usurpation ou une voie de fait valant prise de possession et à laquelle le propriétaire puisse s'opposer (...). Il faut que cette prise de possession revête un caractère tel qu'à défaut pour son auteur d'y mettre fin la volonté de celui-ci d'acquérir la mitoyenneté du mur s'en déduira sans équivoque."*

Dans l'espèce ayant donné lieu à cet arrêt, il avait été constaté que le voisin avait bien pris possession du mur puisqu'il s'en servait pour assurer son isolation acoustique et thermique, ainsi qu'une protection contre l'humidité, *"fonctions que le contre-mur construit de son côté est inapte à remplir à lui seul."* Ce faisant, et même si l'on a pu en douter, la cour ne s'écartait pas de sa jurisprudence antérieure bien établie, selon laquelle *"la seule circonstance que le voisin bénéficie de la préexistence du mur ne constitue pas en soi une usurpation"*²⁰. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt, des considérations matérielles conduisaient en effet à considérer que la prise de possession était matérielle.

18. Les faits permettant de conclure à une prise de possession ont donné lieu à une intervention de la cour de cassation en 1977. A l'occasion de cet arrêt, du 2 juin 1977²¹, la cour a mis un terme à l'idée que, l'évolution des techniques de construction aidant, il faudrait tenir compte de l'ensemble des avantages dont le mur existant a permis au second constructeur de bénéficier : *"lorsque le propriétaire d'un fonds joignant un mur non mitoyen construit un garage le long de ce mur, sans contact ni scellement, cet acte, auquel le maître du mur ne pourrait exiger qu'il soit mis fin, ne révèle pas la volonté d'acquérir la mitoyenneté du mur et ne donne pas lieu au paiement de la valeur de la mitoyenneté (sommaire de l'arrêt)."*

19. Cette jurisprudence a été confirmée depuis, de manière constante²².

Dans un arrêt du 6 janvier 2003²³, la cour rejette un pourvoi formé contre un arrêt de la cour d'appel de Gand²⁴ en relevant que les juges du fond ont bien constaté l'existence d'un contact entre les murs.

Dans un autre arrêt, du 4 décembre 2003²⁵, elle réaffirme le principe selon lequel le seul avantage que le bâtisseur retire de la préexistence du mur voisin ne peut suffire à établir l'existence d'une usurpation de possession :

"Attendu qu'en vertu de l'article 661 du Code civil, le propriétaire d'un mur de séparation privatif peut demander le prix de la mitoyenneté de ce mur à son voisin lorsque et dans la mesure où celui-ci l'utilise d'une manière telle qu'il en usurpe la copossession et viole le droit de propriété privatif et qu'il ne peut raisonnablement poursuivre pareille utilisation sans avoir la volonté implicite de rendre le mur mitoyen ;

"Que la simple circonstance que le voisin tire un avantage du mur préexistant ne constitue pas une telle usurpation ;

¹⁹ Cass., 28 juin 2001, *Pas.*, 2001, 1254.

²⁰ Cass., 23 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, 1194.

²¹ Cass., 2 juin 1977, *R.C.J.B.*, 1978, 440

²² Notamment : Cass., 2 février 1985, *Pas.*, 1985, I, 772 ; Cass., 18 février 1983, *Pas.*, 1983, I, 353 ; Cass., 22 juin 1990, *Pas.*, 1990, I, 1212 ; Cass., 23 octobre 1992, *Pas.*, 1993, I, 1194.

²³ *Pas.*, 6 janvier 2003, *J.L.M.B.*, 2003, 1233.

²⁴ Gand 19 janvier 1999, *R.W.* 1999-2000, 1403.

²⁵ Cass., 4 décembre 2003, *Arr. Cass.* 2003, liv. 12, 2247 ; *J.L.M.B.*, 2004, 386.

"Attendu que le jugement attaqué considère que, pour déterminer si la demanderesse est tenue de reprendre le mur préexistant de la défenderesse, il faut vérifier si, après la destruction de ce mur, la construction de la demanderesse qui subsiste est suffisante pour fermer complètement et protéger le nouveau bâtiment de celle-ci, et que, si tel ne paraît pas à suffisance le cas, la demanderesse fait usage des fonctions essentielles du mur séparatif de la défenderesse, usurpe ce mur et est tenue de le reprendre ;

"Que le seul usage des fonctions essentielles du mur préexistant ne constitue pas une usurpation de ce mur ;

"Attendu qu'en obligeant ainsi la demanderesse à reprendre le mur de la défenderesse sur la seule base d'un avantage qu'en tire la demanderesse, le jugement attaqué viole l'article 661 du Code civil."

Cet arrêt a largement été commenté, et est généralement vu comme la condamnation définitive de la théorie de l'ingénieur DECLERCQ qui, dans un ouvrage paru en 1996²⁶, estime que l'évolution des techniques, impossible à prévoir par le législateur de 1804, commande de prendre aujourd'hui en considération toutes les fonctions essentielles d'un mur, et non seulement sa fonction dite portante, pour décider s'il y a ou non prise de possession. Le juge de paix de Molenbeek²⁷, et après lui le tribunal de première instance de Bruxelles en degré d'appel²⁸ avaient fait droit à cette thèse, condamnée, donc, par la cour.

Nouvelle confirmation en 2005²⁹, et nous reproduisons également ici la teneur de cette décision :

"Conformément à l'article 661 du Code civil, tout propriétaire joignant un mur a la faculté de rendre ce mur mitoyen en tout ou en partie moyennant les conditions prévues par cet article. Dès lors, nul ne peut être forcé d'acquérir une mitoyenneté lorsqu'il ne le désire pas, mais uniquement dans la mesure où il n'est pas fait usage du mur préexistant.

"Le droit du propriétaire d'un mur d'obliger son voisin à acquérir la mitoyenneté, suppose que le voisin commette une usurpation de possession ou une voie de fait qui équivaut à une usurpation de possession, et que cette usurpation de possession ou cette voie de fait soit de nature à révéler la volonté non ambiguë de l'usurpateur d'acquérir la mitoyenneté de ce mur.

"Comme l'a admis le tribunal de première instance, la Cour a décidé dans l'arrêt du 22 juin 1990 qu'en vertu de l'article 661 du Code civil, le propriétaire du mur de séparation privatif peut réclamer le prix de la mitoyenneté de ce mur à son voisin lorsque et dans la mesure où celui-ci l'utilise d'une manière telle qu'il en usurpe la copossession, violant ainsi le droit de propriété exclusif, et qu'il ne peut raisonnablement poursuivre cette utilisation sans avoir la volonté implicite de rendre ce mur mitoyen, et que la seule circonstance que le voisin tire un avantage de l'existence du mur ne constitue pas cette usurpation de possession.

"La seule circonstance que le voisin tire un avantage de l'existence d'un mur de séparation préexistant ne constitue pas une usurpation de possession.

"Après avoir constaté qu'en l'espèce, la contestation entre les parties concerne la prise de possession de fait ou non, le tribunal a constaté en l'espèce que l'on ne peut décider que le

²⁶ H. DECLERCQ, *Mur mitoyen, mur chagrin*, La Chartre, 1996.

²⁷ J.P. Molenbeek, 31 octobre 2000, *J.J.P.*, 2003, 300.

²⁸ Civ. Bruxelles, 21 juin 2002, *J.J.P.*, 2003, 302.

²⁹ Cass., 4 mars 2005, *Arr. Cass.*, 2005, liv. 3, 534 ; *J.L.M.B.*, 2006, 564.

mur de séparation n'est pas utilisé tant qu'il n'y a pas d'ancrage matériel ou de contact physique et que, si le second constructeur renonce au droit de mitoyenneté qui lui est conféré par l'article 661 du Code civil, il est tenu de limiter sa construction par une séparation présentant toutes les caractéristiques d'un mur de séparation, dès lors que le mur du premier constructeur peut toujours être démoli, de sorte que le mur restant doit répondre en soi aux prescriptions de tous les règlements, considérant surabondamment que de nombreux règlements de construction imposent que le mur de séparation ait une épaisseur de 30 cm.

"Le tribunal a ensuite considéré qu'il y a lieu d'examiner si le mur de séparation (préexistant) litigieux pourrait être démoli après la nouvelle construction et qu'il y a lieu d'examiner ce qui subsiste finalement ; si la construction restante suffit pour fermer et protéger le nouveau bâtiment, il n'est pas question de prise de possession ; si la construction restante est par contre insuffisante en tant que construction indépendante, il est fait usage des fonctions essentielles du mur de séparation et il y a prise de possession selon le tribunal.

"En décidant ainsi, le tribunal de première instance reconnaît à l'article 661 du Code civil une portée que cette disposition n'a pas et il viole, dès lors, l'article 661 du Code civil.

"La Cour estime sur la base des dispositions de l'article 661 du Code civil que le droit du propriétaire d'un mur d'obliger son voisin à acquérir la mitoyenneté suppose que le voisin commette une usurpation de possession ou une voie de fait qui équivalent à une usurpation de possession et qui sont de nature telle qu'elles révèlent la volonté non ambiguë de l'usurpateur d'acquérir la mitoyenneté du mur, et que la seule circonstance que le voisin tire un avantage de l'existence d'un mur préexistant ne constitue pas une usurpation de possession.

"Le tribunal méconnaît, dès lors, ces principes généraux dès lors qu'il n'est pas tenu compte en l'espèce du fait que la seule circonstance que le voisin tire un avantage de l'existence du mur préexistant ne constitue pas en soi une usurpation de possession (violation de l'article 661 du Code civil)."

V.3. Jurisprudence du fond - disparité

De nombreux juges du fond continuent à faire application de la théorie de l'ingénieur DECLERCQ

20. La cour de cassation est donc toujours restée fidèle à l'idée qu'un ancrage matériel est nécessaire pour qu'il y ait prise de possession.

Pourtant, les juges du fond restent nombreux qui apprécient l'usurpation de manière plus large, en tenant compte des techniques actuelles de construction et des avantages qui découlent de la préexistence d'un mur pour le second constructeur. Si la jurisprudence reste assez diverse, cette tendance, d'une importance pratique considérable, est suffisamment abondante pour ne pas être tenue pour marginale.

Ainsi le juge de paix de Molenbeek, dont on a vu plus haut que sa décision du 31 octobre 2000 avait été confirmée en appel mais cassée ensuite, récidive apparemment dans un jugement du 20 janvier 2004, bien qu'il se réfère formellement à la jurisprudence de la cour de cassation : *"Pour déterminer s'il y a ou non appropriation valant prise de possession permettant de contraindre le second bâtisseur à acquérir la mitoyenneté, le fait que l'immeuble du second bâtisseur n'est pas liaisonné à l'immeuble du premier bâtisseur n'est*

pas décisif en soi. En revanche, méritent d'être pris en considération les faits suivants :

- *le mur du premier bâtisseur remplit son rôle d'écran ;*
- *les éléments garantissant l'étanchéité forment un lien physique entre les deux constructions;*
- *la maçonnerie du pignon existant a servi de fond de coffrage pour les fondations du second immeuble;*
- *le second bâtisseur n'a dû construire qu'un mur d'une épaisseur réduite.*"³⁰

Dans un jugement rendu en degré d'appel, le tribunal civil de Gand a confirmé la décision entreprise qui condamnait le second bâtisseur à payer le prix de la mitoyenneté, lorsque celui-ci avait construit un mur autoportant de 10 cm d'épaisseur, à 5 cm du mur existant. Mais le vide entre les deux avait été comblé par de l'isolant. La décision est intéressante en ce que, bien qu'il y ait un lien matériel entre les murs par le fait de l'isolant - mais aussi parce que le rapport d'expertise mettait en évidence le fait que les deux murs étaient en contact à certains niveaux -, le tribunal relève la circonstance que le second mur, comme il était conçu, était impossible sans la présence du premier³¹.

Décision semblable du juge de paix de Eeklo³², cependant réformée en appel³³.

21. Reste que, majoritairement, la jurisprudence des juges du fond est conforme à l'enseignement de la Cour de cassation.

V.4. Notion de prise de possession effective - insécurité juridique

La jurisprudence reste incertaine sur la notion d'emprise matérielle

22. Au-delà de la disparité des décisions relativement aux questions de principe, il faut également relever que la jurisprudence est des plus incertaines lorsqu'il s'agit de définir les critères à prendre en considération pour décider si les travaux de construction impliquent ou non une prise de possession du mur préexistant.

En particulier, la présence d'un isolant entre deux murs par ailleurs indépendants est tantôt considérée comme un lien physique devant conclure à une prise de possession, tantôt comme une circonstance sans importance.

Le tribunal civil de Bruxelles, dans une décision du 15 mars 2005, considère ainsi que, pas plus que la pose de pierres de couronnement destinées à couvrir l'espace entre les deux murs, ou de bavettes destinées à protéger les murs, la pose d'un isolant entre les murs n'implique une prise de possession³⁴.

³⁰ J.P. Molenbeek, 20 janvier 2004, *J.T.* 2005, 38. Il existait cependant, dans cette espèce, certains ancrages physiques qui justifiaient donc la décision en tout état de cause.

³¹ Civ. Gand, 14 juin 2004, *T.G.R.*, 2004, 281.

³² J.P. Eeklo, 6 avril 2000, *T.G.R.*, 2000, 161.

³³ Civ. Gand, 26 janvier 2001, *T.G.R.*, 2001, 173.

³⁴ Civ. Bruxelles, 15 mars 2005, *R.W.*, 2005-2006, 1064. Dans le même sens, par exemple : J.P. Ostende 2, 24 septembre 2002, *Res. Jur. Imm.*, 2003, 321 ; Civ. Liège, 30 avril 2003, *J.T.*, 2004, 32 ; J.P. Charleroi 2, 7 juin 1999, *J.L.M.B.*, 2000, 482 ; J.P. Ostende 2, 21 janvier 2004, *Res. Jur. Imm.*, 2006, 116 ; J.P. Hal, 24 janvier 2007, *R.G.D.C.* 2009, liv. 2, 129 ; J.P. Alost 1, 3 avril 2007, *T.G.R.* - *T.W.V.R.* 2007, liv. 5, 302, note G.D.P.

Dans un sens contraire, la cour d'appel de Gand considère que les deux murs et les plaques d'isolant placées entre eux forment un tout, un *ensemble physique* justifiant une prise de possession³⁵. Il en va de même du tribunal civil d'Anvers pour qui "*la pose de matériaux d'isolation sur un mur attenant pendant l'édification d'un bâtiment nouveau constitue une usurpation au sens de l'article 661 du Code civil, pouvant conduire à l'acquisition forcée de la mitoyenneté du mur.*"³⁶

23. D'une manière générale, de telles divergences ne sont, en droit, pas singulières : il appartient au juge de déterminer discrétionnairement, *et en fait*, si les éléments matériels qui lui sont soumis conduisent à considérer qu'il y a eu ou non prise de possession de la part du second bâtisseur.

Mais l'incertitude qui résulte de pouvoir d'appréciation, il est certain que la pratique s'en accommode difficilement. Comment, en effet, conseiller utilement son client lorsqu'il est invité à racheter la mitoyenneté parce qu'il a placé un isolant, sachant que cette circonstance sera tantôt jugée comme un lien matériel entre les murs impliquant une prise de possession, tantôt un élément insuffisant pour fonder un ancrage nécessaire à une telle prise de possession ?

Sauf à constater que l'immeuble est situé dans un canton et dans un arrondissement où la jurisprudence est constante dans un sens ou dans l'autre - et encore, cela reste aléatoire -, disons les choses comme elles sont : autant jeter une pièce en l'air...

VI. Le régime de l'indemnisation du mur mitoyen construit par l'un des voisins

VI.1. Portée de la question

Il faut distinguer la question du remboursement des frais de construction de celle de l'indemnisation en cas de prise de possession

24. Il nous faut maintenant revenir à certains principes qui gouvernent l'indemnisation.

Nous n'aborderons ici ni la question des principes énoncés par les articles 660 et 661 du Code civil - ces principes sont connus, le vendeur, volontaire ou forcé, devant recevoir, dans le cadre de l'article 661 en tout cas, la moitié de la valeur du mur rendue mitoyenne et la moitié du sol sur lequel le mur est bâti - ni les méthodes d'évaluation qui sont de la compétence technique des experts, non des avocats.

En revanche, il nous a paru utile d'examiner le problème, déjà évoqué (*supra*), du mur construit sur la limite mitoyenne par un seul des deux propriétaires voisins.

³⁵ Gand, 19 janvier 1999, *R.W.*, 1999-2000, 1403.

³⁶ Civ. Anvers (5e B ch.) 24 septembre 2007, *TBO* 2008, liv. 4, 157. Dans le même sens, par exemple : J.P. Marchienne-au-Pont, 2 octobre 1998, *J.L.M.B.*, 1999, 467 ; J.P. Grâce-Hollogne, 16 mai 2000, *J.L.M.B.*, 2001, 659 ;

Comme on l'a dit, un tel mur est mitoyen dès l'origine, de sorte que les règles relatives au rachat forcé ne sauraient trouver à s'appliquer. On ne force pas quelqu'un à acheter ce qui lui appartient déjà.

Demeure que, pour le copropriétaire n'ayant pas contribué à la construction, il peut en découler un avantage et, d'une manière générale, un enrichissement potentiel, qui justifierait, dans une certaine mesure, que le propriétaire bâtisseur soit indemnisé. Comment, dès lors, résoudre le conflit surgissant entre ces deux-là relativement à une demande de remboursement ou d'indemnisation ?

25. Comme nous allons le voir, deux cas de figure doivent être distingués.

Le premier concerne l'hypothèse où le bâtisseur souhaite obtenir le remboursement de la moitié du coût de la construction. Le second est relatif à une demande d'indemnisation qui serait consécutive à une prise d'usage du mur par le voisin.

Ces deux aspects de la question sont indépendants, mais peuvent coexister et donner lieu à des demandes concomitantes.

26. D'une manière générale, la demande de remboursement ou d'indemnisation du bâtisseur sera examinée, et jugée, à l'aune des principes suivants :

- le principe selon lequel le simple fait que le mur a été construit à cheval sur la limite n'impose pas le rachat de mitoyenneté ;
- le principe selon lequel l'accord du voisin est requis pour construire un mur mitoyen ;
- le principe selon lequel, dans les villes et faubourgs, chacun peut contraindre son voisin à participer à la construction d'un mur mitoyen ;
- les principes généraux de la responsabilité civile aquilienne ;
- la théorie des troubles de voisinage ;
- les règles relatives à l'accession ;
- et l'article 663 du Code civil bien sûr.

VI.2. Demande de remboursement de la moitié du coût de la construction

La construction du mur séparatif aux frais d'un seul des voisins n'implique pas ipso facto l'intervention financière de l'autre.

27. Nous avons déjà rappelé que celui qui veut faire usage de l'article 663 doit recueillir l'accord de son voisin. A défaut, il demandera au tribunal de contraindre celui-ci à participer, et le tribunal tranchera les questions relatives aux modalités de la construction, de l'intervention financière des parties, etc.

Si l'accord est obtenu, la demande de remboursement sera fondée sur ce qui a été convenu et sera donc de nature contractuelle, le tribunal intervenant le cas échéant pour interpréter

les disposition contractuelle obscures ou contradictoires dans le respect des règles d'interprétation des conventions (articles 1156 à 1164 du Code civil) et de l'article 663.

28. Il en va autrement lorsque la construction a été érigée sans l'accord préalable du voisin.

La cour de cassation a rappelé que le simple fait que le mur a été construit sur la limite séparative, n'imposait pas le voisin du bâtisseur à racheter la mitoyenneté³⁷.

"Attendu que l'article 663 du Code civil dispose que chacun peut contraindre son voisin, dans les villes et faubourgs, à contribuer aux constructions et réparations de la clôture faisant séparation de leurs maisons, cours et jardins assis ès dites villes et faubourgs ;

"Que cette disposition n'oblige pas le voisin à reprendre le mur préexistant construit sur la limite du terrain s'il n'en fait pas usage ;

"Attendu que le jugement attaqué oblige la demanderesse à reprendre le muret de séparation de quarante centimètres de haut et cinq mètres de long dans la zone de recul, au seul motif qu'il a été construit à califourchon sur l'axe et entièrement aux frais de la défenderesse ;

"Qu'ainsi le jugement attaqué viole l'article 663 du Code civil."

La formulation de l'arrêt est évidemment fonction du moyen soulevé à l'appui du pourvoi - en l'espèce la violation de l'article 663 - mais nous avons vu qu'il y a une raison plus évidente à cela : la mitoyenneté existant dès l'origine, elle est déjà acquise au voisin, de sorte qu'un rachat forcé est juridiquement sans pertinence.

De cela, on retiendra donc simplement que les règles énoncées par les articles 653 et suivants du Code civil sont impropres à résoudre automatiquement le conflit découlant de la revendication formée par le constructeur du mur. S'il a commis l'imprudence de construire le mur, sans l'accord préalable de son voisin, à cheval sur la limite des fonds, l'article 663 ne lui sera d'aucune utilité, sauf si le voisin a lui-même pris possession du mur.

29. Le principe selon lequel l'accord du voisin est requis pour construire un mur mitoyen conduira le juge à sanctionner la construction faite sans un tel accord, lorsque le mur, de par son existence ou tel qu'il aura été construit, se révélera vecteur de dommage pour le voisin.

Une telle sanction trouve son fondement dans les principes de la responsabilité civile, ou dans la théorie des troubles de voisinage.

La Cour d'appel de Bruxelles a ainsi fait droit à une demande d'indemnisation dirigée contre le constructeur du mur parce que, en l'espèce, le mur à vocation mitoyenne construit se révélait incapable de supporter la surcharge qu'entraîne la construction d'un immeuble voisin.³⁸

L'on voit donc que non seulement le principe d'un remboursement n'est pas acquis, mais que l'absence d'accord préalable peut aboutir, dans certains cas extrêmes, à une pénalisation financière du bâtisseur.

³⁷ Cass., 4 décembre 2003, *J.J.P.*, 2004, 386.

³⁸ Bruxelles, 5 février 2003, *J.L.M.B.*, 2003, 1221.

Enfin, une décision du tribunal civil de Bruges, que nous évoquerons à la fin de ce chapitre, sanctionne l'absence d'accord préalable par la dispense faite au voisin de participer aux frais de construction (*infra*).

30. Dans le même ordre d'idée, les règles relatives à l'accession de meuble à immeuble permettront également au voisin d'exiger la démolition pure et simple du mur. En particulier, l'article 555 alinéa 1 du Code civil dispose que "*lorsque les plantations, constructions et ouvrages ont été faits par un tiers avec ses matériaux, le propriétaire du fonds a droit ou de les retenir, ou d'obliger ce tiers à les enlever.*"

Ce droit appelle toutefois une réserve, déjà évoquée : selon la cour de cassation, et sauf circonstances particulières, il n'est pas possible d'exiger la démolition du mur chaque fois que le constructeur, quoi que n'ayant pas sollicité l'accord de son voisin, se trouvait en droit d'exiger sa participation³⁹.

31. Enfin, il faut rappeler que la présomption d'utilité commune du mur séparatif n'est pas irréfragable⁴⁰.

Pour autant que le voisin n'ait pas pris possession du mur, la demande de remboursement de la moitié de ce qu'il en a coûté de le construire, sera donc jugée à la lumière de l'utilité que le voisin en retirera et de l'éventuel dommage, direct ou indirect, que l'absence d'accord préalable aura causé à celui-ci.

32. Quant au fondement juridique de l'indemnisation, comme l'évaluation de l'indemnité, ils nous semble devoir résider dans l'article 555 alinéa 3 du Code civil qui énonce que, si le propriétaire sur le fonds duquel le mur a été bâti décide de conserver la construction⁴¹, il doit indemniser le constructeur à concurrence de la valeur des matériaux et de la main d'œuvre⁴².

VI.3. Demande d'indemnisation consécutive à la prise de possession du mur par le voisin

L'usage du mur mitoyen par le voisin qui n'a pas participé à sa construction ne donne pas lieu à une indemnisation fondée sur l'article 661 du Code civil

33. Il est bien évident que les principes qui viennent d'être brièvement rappelés, ne sauraient dispenser le voisin du propriétaire bâtisseur d'indemniser ce dernier s'il vient à se servir du mur.

³⁹ Cass., 13 novembre 1952, *Pas.*, 1953, I, 158.

⁴⁰ J.P. Jumet 17 avril 1996, R.R.D. 1996, 428.

⁴¹ Rappelons qu'en vertu de l'alinéa 1 du même article, il a le choix entre exiger la démolition et conserver les constructions, sous réserve de l'abus de droit (Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1972, I, 28).

⁴² Pour mémoire, le régime des ouvrages réalisés sur le fonds d'autrui diffère selon la qualité de celui qui en est l'auteur. S'il est possesseur de bonne foi du fonds, le *verus dominus* de celui-ci ne peut en exiger l'enlèvement, et devra indemniser, mais il aura le choix, dans cette indemnisation, entre la valeur des travaux (matériaux et main d'œuvre) et la plus-value qu'ils ont généré ; il choisira évidemment le moindre des deux montants. Lorsque l'incorporateur n'est pas un possesseur de bonne foi - ce qui sera le plus souvent le cas -, le propriétaire du fonds usurpé peut demander l'enlèvement des travaux mais n'a plus le choix de l'indemnisation s'il choisit de les conserver.

Mais l'on aurait tort de croire que cette intervention financière prendrait la forme d'un rachat forcé de la mitoyenneté. En effet, au risque de nous répéter, nous rappelons une fois encore que le mur, construit à cheval sur la limite, est *déjà* mitoyen.

Dans ce cas, comment solutionner la demande ?

Il nous paraît que les règles ordinaires relatives à la fixation du prix de la mitoyenneté rachetée, peuvent être utilisées par référence. Car, même s'il n'est pas question de forcer le voisin à racheter la mitoyenneté, le fait est que, s'il la possède déjà, il ne l'a pas payée. Quelle meilleure façon de régler la question que de le contraindre à payer ce qu'il aurait dû acquitter si le mur ne lui avait pas appartenu ?

Une nuance de taille cependant : il ne saurait être question d'inclure dans cette indemnisation la valeur du sol, puisque le sol appartient déjà au voisin du bâtisseur.

Quant au fondement juridique de l'indemnité, il peut résider, à notre sens, dans le mécanisme quasi-contractuel de l'enrichissement sans cause.

Certes, dans ce mécanisme, la fixation du dédommagement est simple : l'enrichi rembourse la perte de l'appauvri sans que l'indemnité puisse excéder son enrichissement. Il se pourrait donc que l'indemnisation calculée selon les règles habituelles du rachat de la mitoyenneté, ne cadre pas avec ce mécanisme. Dans ce cas, sauf à trouver un autre fondement juridique, le constructeur verra son indemnisation limitée. Mais, dans la plupart des cas, l'enrichissement sera, de notre point de vue, supérieur à l'appauvrissement de sorte que le problème ne se posera pas.

VI.4. Décision du tribunal civil de Bruges du 8 mars 1999, à la croisée des chemins

34. Une décision du 8 mars 1999 du tribunal civil de Bruges⁴³ peut être citée en guise de conclusion de ce chapitre.

En l'espèce, il s'agissait donc d'un voisin qui avait érigé un mur sur la limite séparative, sans avoir obtenu l'accord préalable de son voisin et qui, ensuite, tentait d'obtenir la condamnation de ce dernier à lui payer la moitié du coût des travaux.

Le tribunal sanctionne l'absence d'autorisation antérieure à la construction par la dispense du voisin à contribuer, *a posteriori*, aux frais de l'édification.

Mais le tribunal précise quand même que l'absence de contribution aux frais de construction durera "*tant qu'il n'en aura point fait usage.*"

Ainsi cette décision illustre-t-elle parfaitement la double question que suscite la construction d'un tel mur, d'abord lorsqu'il n'est question que d'obtenir la participation du voisin aux frais de la construction, ensuite lorsqu'il s'agit d'obtenir de ce même voisin qu'il intervienne financièrement lorsqu'il a pris possession de ce mur.

VI.5. Et si le constructeur devait lui-même racheter le mur qu'il a construit ?

⁴³ Civ. Bruges, 8 mars 1999, *R.W.*, 2001-2002, 248.

Le constructeur du mur peut être amené à racheter lui-même la mitoyenneté du mur qu'il a construit sur le fonds du voisin

35. Nous avons donc rappelé les règles de l'accession, et le fait que le propriétaire du sol devient propriétaire de ce qui y est incorporé.

De cela, nous avons notamment déduit que le mur bâti sur la limite séparative est mitoyen dès l'origine, et que le bâtisseur ne peut donc demander le rachat forcé de cette mitoyenneté.

Mais ne pouvons-nous pousser le raisonnement plus loin, et nous demander si le bâtisseur qui a construit non plus à cheval sur la limite, mais *de l'autre côté de la limite*, c'est-à-dire chez son voisin, ne devrait pas être lui-même contraint d'acquérir la mitoyenneté du mur ?

Il nous paraît que cette solution est inévitable.

Car ce mur, construit chez le voisin, appartient à celui-ci (accession encore).

Ainsi donc, non seulement le voisin bâtisseur ne pourra forcer le rachat de la mitoyenneté, mais il devra aussi, s'il souhaite lui-même en profiter, racheter cette mitoyenneté.

Ici encore, il faut cependant distinguer selon que le mur litigieux ne sert que de séparation des fonds ou qu'il sert à une construction.

Dans la première hypothèse, l'on renverra d'abord à ce qui a été écrit plus haut : soit le voisin demande et obtient la démolition du mur, et le problème est réglé ; soit il ne l'obtient pas. On a vu que, dans ce dernier cas, une balance finirait par se faire entre la demande de participation au coût de la construction et les différents dédommagements que le bâtisseur pourrait devoir servir au propriétaire du fonds usurpé. Il faudra alors tenir compte, dans cet arrangement financier, le rachat, par le bâtisseur, de la mitoyenneté du mur et de la bande de terre sur laquelle il est construit pour moitié⁴⁴.

Dans la seconde hypothèse, il *faut* considérer que le bâtisseur doit racheter la mitoyenneté du mur qu'il a construit. Aucune autre solution n'est juridiquement possible. Cependant, une fois encore une balance sera faite entre le coût de ce rachat, évalué selon les critères habituels du rachat de mitoyenneté, sol exclu, et les frais exposés pour la construction du mur.

L'on peut imaginer que, si le mur est construit juste contre la limite des fonds, le juge sera enclin à compenser les deux demandes, et l'acquisition de la mitoyenneté par le bâtisseur serait ainsi "gratuite."

VII. CONCLUSION

36. Au terme de cette brève étude, que retenir ?

⁴⁴ Voire de la bande de terrain existant entre la limite des fonds et l'axe du mur si celui-ci a été construit plus loin sur le fonds du voisin.

D'abord, c'est une erreur fréquente que d'appliquer le régime de l'article 661 du Code civil à la prise d'usage, par l'un des voisins, du mur séparatif construit aux frais exclusifs de l'autre. Ce qui fonde le régime du rachat forcé de la mitoyenneté, c'est avant tout le fait que le mur n'est pas mitoyen ; or, la circonstance qu'un seul l'a bâti n'en fait pas un mur non mitoyen. Il suffit en effet qu'il soit bâti à cheval sur la limite pour qu'il devienne mitoyen dès son érection.

Le voisin bâtisseur devra donc se tourner vers d'autres mécanismes juridiques, comme l'accession ou l'enrichissement dans cause, lorsqu'il voudra obtenir une compensation financière.

Ensuite, le fait de construire un mur séparatif sans l'accord préalable du voisin ne restera sans conséquence pour le constructeur que s'il a veillé à construire chez lui. S'il a, délibérément ou par erreur, construit à cheval sur la limite, voire totalement chez le voisin, il sera généralement amené à indemniser lui-même le voisin, sinon, dans certains cas, à démolir purement et simplement le mur, seule la théorie de l'abus de droit étant de nature à faire obstacle à cette dernière hypothèse. Et l'indemnisation qu'il devra servir au voisin compensera en partie ou anéantira totalement l'intervention financière qu'il aurait été en droit d'exiger s'il avait veillé à obtenir un accord préalable.

L'on retiendra également que ces quinze ou vingt dernières années n'ont guère vu d'évolution dans la jurisprudence. Au contraire, la cour de cassation a plusieurs fois réaffirmé sa position, selon laquelle une emprise matérielle reste nécessaire pour forcer le rachat de la mitoyenneté, tandis que les juges du fonds, malgré sa condamnation claire et nette, par la cour, restent encore, pour beaucoup, attachés à la théorie moderne de l'ingénieur DECLERCQ et considèrent que c'est l'ensemble de l'utilité d'un mur qui doit être prise en considération, et pas seulement sa fonction porteuse.

Enfin, le droit de la mitoyenneté, en plus particulièrement la question du rachat forcé, est un exemple des plus éclairants de ce que, le droit n'étant pas une science exacte et les juges disposant, lorsqu'il est question d'apprécier les faits, d'un pouvoir discrétionnaire, l'insécurité juridique la plus totale règne lorsqu'il est question de savoir si un voisin qui a tiré avantage de la préexistence d'un mur, a ou n'a pas exercé, sur ce mur, une emprise matérielle l'obligeant à en racheter la mitoyenneté.