

l'A.C.P. L. ayant déjà sollicité le bureau S. qui a donné un avis circonstancié dans son rapport du 5 mai 2023 sur ces points.

Il n'y a pas davantage lieu de désigner un géomètre-expert (demande formulée à titre infiniment subsidiaire par l'A.C.P. L.) afin de solliciter un avis, la cour disposant de plans et documents, ainsi que divers éléments matériels lui permettant de décider si le mur est ou non mitoyen, ce qui relève in fine d'une question juridique.

(...)

Par ces motifs,

(...)

Reçoit l'appel et le dit non fondé,

Confirme le jugement entrepris en toutes ses dispositions,

(...)

Siég. : Mme **M. Burton**.

Greffier : Mme **P. Lee**.

Plaid. : M^{es} **E. Lambert, A. Salvé et A. Desaive**.

J.L.M.B. 24/275

Observations

La preuve de la mitoyenneté – Petites mises au point

Paragraphe 1^{er}. Résumé des faits

Le litige oppose deux associations de copropriétaires correspondant à deux immeubles voisins. Elles s'opposent quant au statut d'un mur de brique vétuste situé à l'arrière des deux immeubles et nécessitant des réparations. L'A.C.P. L. prétend que le mur est privatif et construit sur le fonds de l'A.C.P. I. qui devrait donc en supporter seule les coûts de réparations alors que l'A.C.P. I. prétend que le mur est mitoyen et postule donc que ces coûts doivent être partagés pour moitié entre les parties.

Paragraphe 2. Principes applicables en matière de preuve de la mitoyenneté

A. Principes et champ d'application

1. Ancien Code civil

Sous l'empire de l'ancien Code civil, les articles 653 et 654 formaient le siège de la matière. L'article 653 de l'ancien Code civil établissant des présomptions de mitoyenneté, là où l'article 654 du même code établit des présomptions dites de « non-mitoyenneté ».

Ainsi, sont réputés mitoyens par l'article 653 de l'ancien Code civil :

- le mur faisant séparation entre les bâtiments jusqu'à l'héberge ; à cet égard, on notera que l'article 653 de l'ancien Code civil « ne vise pas seulement les maisons, mais plus généralement tout bâtiment, quelle que soit sa nature (grange, atelier, écurie, ...) »¹ ;
- le mur séparant deux cours, deux jardins, ou une cour et un jardin ;
- et le mur entre enclos.

¹ Voy. M. BURTON, « Mitoyenneté », *Rép. not.*, t. II, liv. 8, Bruxelles, Larcier, 1998, n° 94.

Dans son arrêt du 13 janvier 2005², la Cour de cassation a rappelé que la présomption de mitoyenneté établie par l'article 653 de l'ancien Code civil est appelée à jouer uniquement dans les cas visés explicitement par cette disposition et que, en conséquence, elle « ne s'étend pas au mur séparant un bâtiment d'une cour ou d'un jardin ». Sa position est, généralement, suivie par les juges du fond, qui adoptent une lecture stricte des présomptions de l'article 653 de l'ancien Code civil³. On relèvera toutefois un jugement de la justice de paix du premier canton de Gand du 29 mars 2021⁴, qui fait une lecture plus souple de l'article 653. Le juge de paix a en effet appliqué les présomptions de l'article 653 à un mur qui sépare des bâtiments et un bâtiment d'un jardin intérieur (« *binnentuin* »), qualifiant le mur de mitoyen sur toute sa longueur⁵.

Si la majorité des juridictions se sont donc généralement gardées d'appliquer les présomptions de l'article 653 de l'ancien Code civil par analogie, les magistrats ne sont pas privés d'interpréter de manière extensive les termes de bâtiments, cours et jardins. À titre d'illustration, on peut citer un jugement de la justice de paix de Forest du 31 mai 2016⁶. Cette affaire avait pour objet un mur séparant un jardin d'une rampe d'accès. Le magistrat cantonal a estimé que ladite rampe répondait au sens courant du mot « cour » et que le mur litigieux constituait donc un mur séparant un jardin et une cour et que, partant, les présomptions de mitoyenneté de l'article 653 de l'ancien Code civil pouvaient s'appliquer⁷.

Aux termes de son arrêt du 19 avril 2007, la Cour de cassation⁸ a rappelé que les murs de soutènement échappent à la présomption de mitoyenneté de l'article 653 de l'ancien Code civil. La Cour avait rejeté le pourvoi dirigé contre une décision qui avait exclu l'application de la présomption de mitoyenneté à un mur de soutènement, au motif que ce type de mur est un simple appareil de soutien qu'une présomption humaine permet de considérer comme l'accessoire de la propriété la plus haute⁹. Ainsi, les murs de soutènement ne sont en principe pas présumés mitoyens¹⁰. Ce principe doit toutefois être nuancé : comme le rappelle le tribunal civil de Liège dans sa décision du 5 décembre 2017, si le mur de soutènement « dépass[e] le sol du jardin supérieur, il pourrait être mitoyen à condition que sa hauteur soit suffisante pour qu'il serve de clôture et non de simple parapet »¹¹.

2. Code civil

L'un des apports du livre 3 en matière de mitoyenneté est l'instauration d'un régime applicable à tout ouvrage délimitant matériellement des propriétés voisines. Ainsi, l'article 3.105 du Code civil trouve à s'appliquer à toute clôture, au sens générique,

² Voy. Cass., 13 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 65 ; *Rev. not. b.*, 2005, p. 239 ; *R.W.*, 2006-2007, p. 1316.

³ Voy. not. Liège, 25 octobre 2011, *cette revue*, 2013, p. 518.

⁴ Voy. J.P. Gand (1^{er} canton), 29 mars 2021, *J.P.*, 2021, p. 506.

⁵ Voy. P. LECOCQ et N. GOFFLOT, « Examen de jurisprudence (2000 à 2020) – Les biens – Deuxième partie : Copropriété – Troubles de voisinage – Mitoyenneté », *R.C.J.B.*, 2022/2, p. 516.

⁶ Voy. J.P. Forest, 31 mai 2016, R.G. n° 15A1530, inédit.

⁷ Voy. P. LECOCQ et N. GOFFLOT, *op. cit.*, p. 516.

⁸ Voy. Cass., 19 avril 2007, R.G. n° C.06.0414.F, inédit. Cet arrêt est reproduit *in extenso* dans P. LECOCQ, S. BOUFFLETTE et A. SALVÉ, « Droit des biens : propriété et copropriété », in *Chroniques notariales*, vol. 54, Bruxelles, Larcier, octobre 2011, p. 114 et commenté dans le même ouvrage, pp. 54-55, n° 17, faisant lui-même écho aux conclusions de la doctrine sur cette question (voy. not. J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, Collection scientifique de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Liège, Université de Liège, 1996, p. 1007 et J. KOKELENBERG, « De gemene muur : een (bak)steen op de maag ? », *R.G.D.C.*, 2003, p. 552).

⁹ Voy. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012., pp. 269-270, n° 107.

¹⁰ Voy. pour une application Civ. Liège, 30 avril 2003, *J.T.*, 2004, p. 32.

¹¹ Voy. Civ. Liège, div. Liège, 5 décembre 2017, R.G. n° 16/5706/A.

et non point aux seuls murs. Les conditions d'application des présomptions de mitoyenneté s'en retrouvent simplifiées : les présomptions de mitoyenneté portent à présent sur toute clôture située le long de la limite séparative ou à cheval sur cette limite. La finale de l'article 3.105 établit quant à elle une présomption de non-mitoyenneté, dite encore « de privativité »¹², du mur de soutènement, au bénéfice du propriétaire dont il soutient les terres et à la condition que le voisin n'exerce aucun droit sur ce mur. Cet alinéa consacre l'enseignement de l'arrêt du 19 avril 2007 de la Cour de cassation, sous la réserve que le mur de soutènement est présumé privatif même lorsqu'il dépasse le sol du jardin supérieur d'une certaine hauteur et quand bien même ce mur serait établi sur la ligne séparative¹³.

B. Preuve contraire

1. Ancien Code civil

Les présomptions de mitoyenneté sont réfragables, l'article 653 prévoyant lui-même que les présomptions qu'il établit s'effacent devant un « titre ou marque du contraire ». Ainsi, les parties sont admises à apporter la preuve de la propriété exclusive de l'une d'entre elles quant au mur présumé mitoyen.

Pour ce faire, elles peuvent soit produire un « titre contraire », entendu comme un écrit établissant la propriété exclusive de l'une d'entre elles¹⁴, soit se saisir d'une des marques de non-mitoyenneté recensées à l'article 654 de l'ancien Code civil. L'article 654 dispose : « *[i]l y a marque de non-mitoyenneté lorsque la sommité du mur est droite et à plomb de son parement d'un côté, et présente de l'autre un plan incliné. Lors encore qu'il n'y a que d'un côté ou un chaperon ou des filets et corbeaux de pierre qui y auraient été mis en bâtiissant le mur. Dans ces cas, le mur est censé appartenir exclusivement au propriétaire du côté duquel sont l'égout ou les corbeaux et filets de pierre* ».

L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 31 janvier 2011¹⁵ permet de saisir la *ratio legis* de l'article 654. La cour y indique que les marques de non-mitoyenneté dérivent de ce que le mode de construction indique que l'un des voisins est obligé de recevoir seul l'égout des eaux pluviales ou qu'il a seul le droit de bâti contre ce mur. Dans ces conditions, la clôture ne paraît utile qu'à ce voisin et la loi présume que c'est à lui seul qu'elle appartient¹⁶. Les marques de non-mitoyenneté constituent des présomptions légales de propriété exclusive, qui ne valent que jusqu'à preuve du contraire, laquelle peut être rapportée librement¹⁷.

La doctrine s'est interrogée quant à la possibilité pour les parties d'invoquer, outre les titres ou marques énumérées à l'article 654, d'autres signes qui constituaient des indices de la propriété exclusive du mur en vue de renverser les présomptions

¹² Voy. « Proposition de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, pp. 193-195.

¹³ Voy. « Proposition de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil », Commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, pp. 193-195.

¹⁴ Selon Jacques Hansenne, ce titre ne doit pas nécessairement émaner de l'adversaire ou de l'un de ses auteurs (voy. J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, p. 1009, n° 984 ; voy. également H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, Bruxelles, Bruylants, 1975, p. 1093, n° 1218). Hugo Vandenberghe ajoute que « s'agissant de la preuve d'un droit de propriété, on tient également compte des présomptions qui découleut des titres non communs, à défaut de titre absolu » (traduction libre ; voy. H. VANDENBERGHE, *Beginseleken van Belgisch privaatrecht*, t. V, *Zakenrecht*, liv. III, *Mede-eigendom*, p. 367, n° 150).

¹⁵ Voy. Liège, 31 janvier 2011, *cette revue*, 2013, p. 484.

¹⁶ Voy. M. BURTON, *op. cit.*, n° 103.

¹⁷ Voy. not. les références citées par P.-P. RENSON, « La propriété immobilière », *Rép. not.*, t. II, liv. 2/2, Bruxelles, Larcier, 2014, n° 120.

de mitoyenneté. À ce jour, aucune réponse définitive n'a été apportée¹⁸. En revanche, il est établi que les parties pourront prouver par toutes voies de droit qu'une d'entre elles a acquis la propriété exclusive de la clôture par usucaption¹⁹.

Une autre question reste ouverte : lorsqu'un mur sert de séparation entre des bâtiments, entre des cours et jardins, ou entre des enclos, mais se trouve entièrement sur le fonds de l'un des voisins, convient-il d'appliquer les présomptions de mitoyenneté de l'article 653 de l'ancien Code civil ou ces dernières doivent-elles s'effacer au profit du principe d'accession porté par l'article 552 du même code ? Le tribunal civil de Gand dans un jugement du 9 mai 2003²⁰ va dans le sens d'une application de l'article 552 du Code civil. Sophie Boufflette en revanche écrit qu'« [e]n considérant que l'appelante renverse la présomption de l'article 653 tant par la circonstance que le mur litigieux fut bâti sur son propre fonds que par la présomption de l'article 552 du Code civil, [le tribunal civil de Gand] contredit la *ratio legis* de l'article 653 du Code civil et anéantit le système probatoire mis en place par le législateur »²¹. Ruud Jansen admet quant à lui que les cours et tribunaux ont un pouvoir d'appréciation souverain en cas de conflit entre les articles 653 et 552 de l'ancien Code civil, mais qu'« [e]n particulier, l'article 552 de l'ancien Code civil prévaut lorsque le demandeur peut prouver qu'aucun transfert de la mitoyenneté du mur n'a pu avoir lieu entre-temps »²².

2. Code civil

Le législateur de 2020 s'est attaché à lever les points d'interrogation laissés ouverts par l'article 653 de l'ancien Code civil. L'article 3.105, en son premier alinéa, édicte deux présomptions réfragables de mitoyenneté et précise aux deux alinéas suivants les seuls moyens de preuve admis pour les renverser, qui varient selon l'emplacement de la clôture. Ainsi, sont présumées mitoyennes d'une part «[l]es clôtures réalisées en limite séparative » et, d'autre part, les clôtures réalisées « à cheval », sauf à démontrer le jeu d'une prescription acquisitive, à établir par tout mode de preuve, ou un titre contraire. Le deuxième alinéa enseigne que ces deux modes de preuve, usucaption et titre, sont les seuls admissibles lorsqu'il est établi que la clôture se situe à cheval sur la ligne séparative²³.

En revanche, si la limite est incertaine ou si la clôture se trouve en limite de propriété²⁴, le deuxième alinéa de l'article 3.105 permet également la contradiction par les marques de non-mitoyenneté énumérées limitativement²⁵ à l'alinéa 3. Ces marques de non-mitoyenneté sont les suivantes :

¹⁸ Voy. en faveur de l'admissibilité des présomptions du fait de l'homme, H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. V, *op. cit.*, p. 1093, n° 1217 ; P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, pp. 271-272, n° 107, au regard, en particulier, de l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mai 1999, sur le moment d'appréciation des présomptions de mitoyenneté, dont question au point suivant ; dans le sens de l'exclusion des présomptions humaines, mais antérieurement au dit arrêt de cassation de 1999, voy. J. HANSENNE, *Les biens. Précis*, t. II, *op. cit.*, pp. 1009-1010, n° 984.

¹⁹ Voy. not. P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens*, t. 1, *Biens et propriété*, *op. cit.*, p. 271, n° 107.

²⁰ Voy. Civ. Gand, 9 mai 2003, *T.G.R.*, 2003, p. 254 ; dans le même sens, voy. P.-P. RENSON, « Les sources et la preuve de la mitoyenneté », *Jurimpratique*, 2011, p. 119, n° 143 ; P.-P. RENSON, « La propriété immobilière », *op. cit.*, n° 123.

²¹ Voy. S. BOUFFLETTE, « Mitoyenneté », in *Chroniques notariales*, vol. 43, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 78, n° 59.

²² Voy. R. JANSEN, « De gemene afsuiting », in *Het nieuwe goederenrecht*, Mortsel, Intersentia, 2021, p. 362, n° 11).

²³ Voy. P. LECOCQ et N. GOFFLOT, *op. cit.*, pp. 520-521.

²⁴ Voy. en sens contraire V. DEFRAITEUR, « La clôture mitoyenne », in *Le nouveau droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 241, n° 7, qui estime que les marques de non-mitoyenneté ne sont admissibles que lorsque que la limite est incertaine, le deuxième alinéa de l'article 3.105 ne visant pas, selon lui, la clôture établie sur la limite séparative.

²⁵ Voy. « Proposition de loi portant insertion du livre 3 "Les biens" dans le nouveau Code civil », commentaire des articles, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 2019, n° 55-0173/001, pp. 193-195.

- un mur est présumé appartenir au propriétaire du fonds vers lequel son sommet est incliné ou du côté duquel il existe des éléments architecturaux attestant de son caractère privatif ;
- un fossé est présumé appartenir au propriétaire du fonds du côté duquel se trouve le rejet de terre ;
- une clôture est présumée appartenir au propriétaire du fonds clos lorsqu'un seul des fonds est entièrement clôturé.

Suivant l'article 3.105, les marques de non-mitoyenneté constituent des présomptions légales réfragables. Le texte n'édicte pas les modes de preuve aptes à renverser ces présomptions. Il donne ainsi à penser que la preuve du contraire peut être rapportée par toute voie de droit, en ce compris par témoignages et présomptions de fait²⁶.

Reste à notre sens ouverte la controverse quant à l'articulation des présomptions de mitoyenneté avec le jeu du principe d'accession.

C. Moment d'appréciation des présomptions

1. Ancien Code civil

La Cour de cassation a eu l'occasion de préciser le moment auquel il convient de se placer en vue d'apprécier le jeu des présomptions de mitoyenneté dans ses arrêts du 21 mars 1946²⁷ et du 20 mai 1999²⁸. C'est à la configuration des lieux au moment du litige et non au moment de la construction de la clôture qu'il convient de se placer. Cette position a suscité de vives discussions dans la doctrine²⁹ mais est peu débattue en jurisprudence³⁰.

2. Code civil

Alors que la présomption de mitoyenneté de l'article 653 de l'ancien Code civil ne jouait qu'à certaines conditions dont la réunion pouvait varier dans le temps, l'article 3.105 peut trouver à s'appliquer quelle que soit l'occupation du fonds, à la condition que la clôture soit établie le long de la limite des propriétés ou à cheval sur celle-ci³¹. Noémie Gofflot souligne toutefois que la question du moment d'appréciation des faits à l'origine des présomptions n'est pas définitivement réglée³². Elle cite ainsi le cas du propriétaire qui clôture entièrement son fonds et qui, par la suite, voit son voisin clôturer entièrement le sien : se voit-il privé de la possibilité d'invoquer la marque de non-mitoyenneté prévue à l'article 3.105, alinéa 3, *in fine* ? Elle évoque également le cas où un propriétaire acquiert par titre ou par prescription acquisitive, la bande de terrain comprise entre le mur et son propre fonds : doit-on alors considérer que le mur est situé en limite séparative, de telle sorte que la présomption de l'article 3.105 s'applique au différend des voisins ? Pour l'auteur, il est plus cohérent d'opter pour une appréciation des faits au jour du litige³³⁻³⁴.

²⁶ N. GOFFLOT, « Chapitre V – Relations de voisinage : mitoyenneté et servitudes », in *Chroniques notariales*, vol. 72, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 138.

²⁷ Voy. Cass., 21 mars 1946, *Pas.*, 1946, p. 113.

²⁸ Voy. Cass., 20 mai 1999, *cette revue*, 2000, p. 464, note J. HANSENNE ; *Arr. Cass.*, 1999, p. 700 ; *R.W.*, 2001-2002, p. 163 ; *Pas.*, 1999, I, p. 297.

²⁹ Voy. not. Cl. RENARD, *Les biens, La propriété et les droits réels principaux*, P.U.L., 3^e fascicule, n° 398 ; voy. J. KOKELENBERG, *op. cit.*, p. 553 ; I. DURANT, *Droit des biens*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 701, n° 1010 ; voy. J. HANSENNE, « À propos des présomptions de mitoyenneté et des marques de non-mitoyenneté », note sous Cass., 20 mai 1999, *cette revue*, 2000, pp. 466-473.

³⁰ Voy. P. LECOCQ et N. GOFFLOT, *op. cit.*, pp. 521-522.

³¹ R. JANSEN, « De gemene afsuiting », *op. cit.*, pp. 360-361, n° 9.

³² N. GOFFLOT, *op. cit.*, p. 139.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Dans le sens d'une appréciation des présomptions à l'état actuel des fonds, voy. V. DEFRAITEUR, « La clôture mitoyenne », *op. cit.*, p. 240, n° 6.

D. Droit commun de la preuve

Lorsque les conditions de l'article 653 de l'ancien Code civil ne sont pas réunies, la charge de la preuve incombe à celui qui allègue la mitoyenneté³⁵. Dans ce cas, la preuve de la mitoyenneté est administrée conformément au droit commun de la preuve, c'est-à-dire par tout mode de preuve, sauf dans les cas prévus à l'article 8.9 du Code civil, dans lesquels un écrit est exigé³⁶⁻³⁷. Un écrit sera, en particulier, requis si le mode d'acquisition de la mitoyenne invoqué est un acte juridique et que la valeur de la clôture est égale ou excède 3.500 euros³⁸.

Paragraphe 3. La décision de la cour

En l'espèce, la cour, à défaut de titre ou de présomption légale permettant de considérer que l'ensemble du mur est mitoyen, examine si le propriétaire qui prétend le mur mitoyen en a apporté la preuve. À cet égard, elle retient les éléments suivants comme pertinents pour considérer que le mur litigieux est mitoyen sur toute sa hauteur :

- l'axe du mur séparatif, bâti il y a plus de cent ans, est placé sur la limite séparative des deux propriétés ;
- le fait que le mur est couvert, sur la majeure partie, par des tuiles en grès vernisées en forme de « chapeaux », de façon à permettre l'écoulement des eaux pluviales sur chaque fonds ;
- le fait que les poutres servant de structure au toit des garages d'un des propriétaires voisins sont enfoncées jusqu'à la moitié du mur.

François BOUSSA
Assistant à l'ULiège et à l'ULB
Collaborateur notarial

Tribunal civil du Brabant wallon (1^{re} chambre) 2 juillet 2024

- I. Appel - Recevabilité – Lien d'instance – Lien d'adversité.
- II. Servitudes - Passage – Enclave volontaire (non) – Exception personnelle (oui) – Division des fonds – Décès – Garantie d'éviction (non) – Tolérance (non).

Observations.

1. Pour qu'il y ait un lien d'instance entre les parties, il n'est pas nécessaire qu'une condamnation ait été postulée en termes de dispositif. La seule existence d'un lien d'adversité est suffisante. Deux parties considérant chacune ne pas être redéuable d'une servitude et, par conséquent, se rejettant mutuellement la prise en charge de celle-ci, possèdent un tel lien d'adversité.

2. L'exception d'enclave volontaire est personnelle et non réelle : elle est attachée à la personne du propriétaire du fonds enclavé. L'enclave résultant d'une part, d'un acte de division et, d'autre part, du décès de l'ancien propriétaire, ne peut être considérée comme volontaire dans le chef de l'acquéreur. L'achat d'une parcelle enclavée – et la connaissance de cet état – n'est pas en soi fautif.

³⁵ Voy. not. S. BOUFFLETTE, *op. cit.*, p. 54, n° 55.

³⁶ Voy. Mons, 15 septembre 2003, *R.G.D.C.*, 2006, p. 424, note C. MOSTIN.

³⁷ Voy. S. BOUFFLETTE, « Mitoyenneté », in *Questions pratiques de (co)propriété, de possession et de voisinage*, coll. CUP, n° 179, Limal, Anthemis, 2018, p. 99.

³⁸ Voy. P. LECOCQ et N. GOFFLOT, *op. cit.*, p. 524.