

### 3 Empiètement et droit constitutionnel (à propos de Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 févr. 2016, n° 15-21.949)

Hugues PÉRINET-MARQUET,  
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)

L'empiètement intéresse, d'évidence, fortement le droit de la construction et de l'immobilier. Le phénomène s'avère loin d'être marginal et se manifeste de manière très diverse, étant parfois découvert immédiatement, mais dans d'autres hypothèses, beaucoup plus tardivement. Il en va notamment ainsi lorsque l'empiètement est souterrain, ce qui n'est pas rare, les techniques modernes nécessitant souvent l'ancrage des constructions.

Or, en la matière, la Cour de cassation campe sur une position stricte mais claire qui tient en deux solutions complémentaires. La première consiste à reconnaître un droit absolu au profit du propriétaire du fonds victime de l'empiètement (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 mars 1973 : Bull. civ. 1973, III, n° 206. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 juin 1979 : Bull. civ. 1979, III, n° 142. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 5 déc. 2001, n° 00-13.077 : JurisData n° 2001-011994 ; Bull. civ. 2001, III, n° 147 ; RD imm. 2002, p. 139, obs. Bruschi. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 20 mars 2002, n° 00-16.015 : JurisData n° 2002-013615 ; JCP G 2002, II, 10189 note Bonnet ; JCP G 2002, I, 276, obs Périnet-Marquet ; Bull. civ. 2002, III, n° 71 ; D. 2002, p. 2075, note Caron ; D. 2002, somm. p. 2507, obs Mallet-Bricout ; RTD civ. 2002, p. 333, obs. Revet. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 10 nov. 2009, n° 08-17.526 : JurisData n° 2009-050344 ; JCP G 2010, 336, obs. Périnet-Marquet ; Bull. civ. 2009, III, n° 248 ; D. 2010, p. 2183, obs. Mallet-Bricout et Reboul-Maupin ; RD imm. 2010, p. 87, obs. Boubli ; RD imm. 2010, p. 204, obs. Bergel), qui est constamment réaffirmée (V. en dernier lieu, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 oct. 2015, n° 13-25.532 : « dès lors qu'un constructeur étend ses ouvrages au-delà des limites de sa propriété, il y a lieu à démolition de la partie de sa construction qui repose sur le fonds voisin, quelles que soient

« Faut-il protéger l'auteur de l'empiètement ou sa victime ? »

l'importance de l'empiètement et la bonne ou mauvaise foi du constructeur »). La seconde tient au fait que la défense du droit de propriété contre un empiètement ne saurait dégénérer en abus (Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 juin 1990, n° 88-16.277 : JurisData n° 1990-701720 ; Bull. civ. 1990, III, n° 140. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 nov. 1990, n° 88-18.601 : JurisData n° 1990-702938 ; Bull. civ. 1990, III, n° 226).

Ces solutions sont-elles de nature à évoluer ? Telle est la question que pose, au moins implicitement, l'arrêt de la troisième chambre civile du 11 février 2016.

Dans cette espèce, à la suite d'un empiètement, ses auteurs sont condamnés à démolition sous astreinte. Ils effectuent des travaux mais les juges constatent que l'empiètement n'a pas totalement disparu. Lors du contentieux de la liquidation de l'astreinte, ils demandent à la Cour de cassation de poser une question prioritaire de constitutionnalité afin de déterminer si l'article 545 du Code civil, tel qu'interprété par une jurisprudence constante, selon laquelle l'action en démolition de la partie d'une construction reposant sur le fonds d'un voisin ne peut jamais dégénérer en abus de droit, méconnaît les articles 2, 4 et 17 de la Déclaration de 1789 garantissant le droit de propriété, le droit au respect de la vie privée et du domicile et le principe selon lequel la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

La réponse de la Cour de cassation est négative, mais uniquement au motif que la question posée n'était pas de nature à avoir une influence sur l'objet du litige, celui-ci ne visant que la liquidation ou la modération de l'astreinte sans que ne puisse être remis en cause le principe de l'obligation qui avait fait l'objet de décision définitive. Le non-renvoi est donc purement lié à l'objet du recours. *A contrario*, la Cour de cassation ne semble pas s'interdire de saisir le Conseil constitutionnel si la question de la constitutionnalité de la démolition systématique de l'empiètement lui était directement posée, ce qui n'était pas le cas. L'intéressant avis de l'avocat général Bruno Sturlese (*B. Sturlese, Avis : JCP G 2016, à paraître*) va d'ailleurs clairement en ce sens puisqu'il se termine par ces phrases : « Cependant la non-transmission ne résoudra pas les difficultés entrevues et le débat ne sera pas clos. Aussi devrait-elle, à notre avis, constituer l'amorce d'une reconsidération de votre jurisprudence ».

→ Suite page 2

## Construction-Urbanisme

### REVUE MENSUELLE DU JURISCLASSEUR

Président-Directeur général,  
Directeur de la publication :  
Philippe Carillon

Directrice éditoriale :  
Caroline Sordet  
caroline.sordet@lexisnexis.fr

Directeurs :  
Hugues Périnet-Marquet,  
professeur à l'université  
Panthéon-Assas (Paris II)

Patrice Cornille, avocat au  
barreau de Bordeaux  
Neyla Gonzalez-Gharbi,  
docteur en droit, consultant fiscal  
Marie-Laure Pagès-de Varenne,  
professeur à l'ICH-Paris,  
docteur en droit, avocate au  
barreau de Paris  
Christophe Sizaire, professeur  
à l'ICH-Paris, avocat au barreau  
de Paris

Xavier Couton, docteur en droit,  
avocat au barreau de Paris, CRDI  
Laetitia Santoni, avocate au  
barreau de Lille

Rédactrice en chef :  
Claudine Le Marchand  
Tél. : 01 45 58 92 06  
claudine.lemarchand@lexisnexis.fr

Secrétaire d'édition :  
Sophie Can  
Tél. : 01 71 72 47 31  
sophie.can@lexisnexis.fr

Publicité : IM Régie, Caroline Spire  
23, rue Faidherbe - 75011 Paris  
Tél. : 01 40 24 13 35  
c.spire@impub.fr

Abonnement annuel 2016  
France métropolitaine : 239,94 € TTC  
Prix de vente au numéro : 25,53 € TTC  
Dom-Tom et Étranger : 253,80 € HT  
Prix de vente au numéro : 27,50 € HT  
Offre spéciale étudiants :  
http://etudiant.lexisnexis.fr/

Relations clients :  
Tél. : 01 71 72 47 70  
relation.clients@lexisnexis.fr  
www.lexisnexis.fr

LexisNexis SA  
SA au capital de 1 584 800 €  
552 029 431 RCS Paris  
Principal associé :  
Reed Elsevier France SA  
Siège social :  
141, rue de Javel  
75747 Paris Cedex 15

Commission paritaire n° 1019 T 79089  
N° Impr. 5620  
N° Éd. 5687  
Dépôt légal à parution

Cet arrêt et cet avis nous donnent donc l'opportunité de nous interroger sur les risques d'inconstitutionnalité de la jurisprudence actuelle et sur son évolution possible.

Comme le rappelle pertinemment l'avocat général Sturlese, au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, tout dépend, en la matière, de savoir si l'empiètement constitue une privation de propriété ou, au contraire, une simple atteinte. Dans le premier cas d'une privation de propriété, l'utilité publique et l'allocation d'une juste et préalable indemnité sont impérativement requises, conformément aux termes de l'article 17 de la Déclaration de 1789, sachant que le Conseil constitutionnel assimile à une privation de propriété les atteintes graves qui, pour reprendre sa formule célèbre, dénaturent le sens et la portée du droit de propriété (V. par exemple, *Cons. const.*, déc. 29 juill. 1998, n° 98-403 DC : *JCP G* 1998, I, 171, obs. Périnet-Marquet). En revanche, en cas de simple atteinte, celle-ci peut être validée par un motif d'intérêt général (V. *Cons. const.*, déc. 2 févr. 2016, n° 2015-518 QPC : « qu'en l'absence de privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »). Le classement de l'empiètement au sein de ces deux catégories est donc fondamental, mais ne peut faire l'objet d'une réponse unique.

Il paraît difficile de ne pas considérer unempiètement de surface comme une privation de propriété. Tout d'abord, dans bien des cas, l'empiètement ne sera pas celui d'une terrasse ou d'un balcon mais le débord d'un mur sur la propriété voisine. Il constituera donc unempiètement en volume qui ira de la cave au toit. Ensuite, si l'on combine l'article 552 avec les règles de l'usucapion, force est de constater que, faute de réaction du propriétaire du fonds victime de l'empiètement, l'auteur de l'empiètement se retrouvera propriétaire de la partie de terrain sur laquelle il a empiété ainsi que du dessus et du dessous. L'empiètement aura donc bien abouti à un transfert de propriété. Cependant, ce dernier n'est ni immédiat ni imposé mais différé et soumis à l'inaction du propriétaire, ce qui pourrait faire douter d'une véritable privation de propriété. Cependant, si, demain, le juge judiciaire n'accordait pas la démolition, le maintien définitif de la construction sur le terrain d'autrui aboutirait nécessairement à un transfert de propriété. La pérennisation indispensable de la situation conduirait, en effet, à la création d'un droit de superficie ou à la réalisation d'une vente afin de cristalliser définitivement les droits du constructeur, notamment au regard de la publicité foncière. Or, un tel transfert de propriété n'aurait, par hypothèse, pas été voulu puisque le propriétaire du fonds victime de l'empiètement souhaitait la démolition refusée par le juge.

Différente est la situation résultant d'empiètements ponctuels, aériens ou souterrains, dans la mesure où ces derniers n'emportent pas la propriété du dessus et du dessous (*Req.*, 24 juin 1941 : *DA* 1941, p. 293) et ne conduisent pas toujours nécessairement à un véritable transfert de propriété. Un tirant d'ancrage qui traverse une propriété ne se l'approprie pas véritablement car il ne crée pas un espace susceptible d'être occupé. Il en va de même d'une modeste corniche dont la Cour de cassation a d'ailleurs admis le maintien au titre de servitude (*Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 12 mars 2008 : *JurisData* n° 2008-043150 ; *JCP* 2008, II, 10161 note Déche-neaux ; *JCP* 2008, I, 194 n° 15 obs Périnet-Marquet ; *Bull. civ.* 2008, III, n° 47 ; *D.* 2008, act. jur. p. 919, obs. Forest ;

*Chron. Cour de cassation* 1224, n° 2, note Monge ; *D.* 2008, pan. p. 2463, obs. Mallet Bricout ; *AJDI* 2008, p. 795, obs. Prigent ; *Dr. et patrimoine juill.-août* 2008, p. 93, obs. Seube ; *RTD civ.* 2009, p. 142, obs. Revet).

Un parallèle peut d'ailleurs être fait, en la matière, avec le droit de la copropriété. Celui-ci distingue l'appropriation et l'atteinte aux parties communes, la première relevant de l'article 26 et la seconde de l'article 25 b) (qui parle de travaux « affectant » les parties communes). Or, la jurisprudence développe une conception très majoritairement large de l'atteinte, excluant, par exemple, toute appropriation lorsque des tuyaux traversent des parties communes (V. *CA Aix-en-Provence*, 12 avr. 1977 : *Ann. Loyers* 1977, p. 235. – *CA Aix-en-Provence*, 19 oct. 1978 : *Ann. Loyers* 1979, p. 1474. – *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 11 févr. 1975 : *JCP G* 1975, II, 18024 note Guillot. – *CA Paris*, 4<sup>e</sup> ch., 22 janv. 2010 n° 09/1182). Il serait de ce point de vue possible de traiter « l'empiètement-accaparement » au regard du droit de la propriété en maintenant le droit à démolition et « l'empiètement-atteinte », de faible ampleur, au titre du droit de la responsabilité, en n'octroyant, dans cette hypothèse, qu'une simple indemnisation.

Une telle démarche ne pourrait cependant pas être cantonnée à l'empiètement. Elle aboutirait nécessairement à une remise en cause du principe selon lequel « la démolition est la sanction du droit réel transgressé », car on comprendrait mal que la démolition soit remise en cause en cas d'empiètement limité et se maintienne en cas de violation minimale d'une servitude (même si les juges du fond sont souverains pour apprécier s'il a été porté atteinte ou non à une servitude, V. par exemple, *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 9 mars 1977, n° 75-14.456 : *JurisData* n° 1977-098115 ; *Bull. civ.* 1977, III, n° 115, p. 89 : « Que par ces seuls motifs, la cour d'appel qui n'a fait qu'user de son pouvoir souverain pour apprécier s'il avait été porté atteinte à l'exercice de la servitude invoquée a légalement justifié sa décision ». – *Cass. 3<sup>e</sup> civ.*, 13 mai 1971, *Bull. civ.* 1971, III, n° 300, ce qui leur permet une certaine tolérance : V. *CA Dijon*, 1<sup>re</sup> ch., 30 avr. 2013, n° 12/00771 : *JurisData* 2013-010031. – *CA Pau*, 1<sup>re</sup> ch., 15 juin 2010, n° 09/02244 : *JurisData* 2010-024651. – *CA Paris*, 2<sup>e</sup> ch. 2, sect. A, 8 oct. 2008, n° *Jurisdata* 2008-370454).

Séduisante à certains égards, elle ne serait cependant pas totalement pertinente au regard de la jurisprudence constitutionnelle. Pour cette dernière, en effet, une atteinte au droit de propriété ne peut être justifiée que si celui qui en est l'auteur poursuit un intérêt général et respecte une certaine proportionnalité. Or, si, par principe, une personne privée peut porter une atteinte proportionnée à la propriété d'autrui au nom d'un intérêt général, une telle situation est rarissime en matière d'empiètement car le constructeur soit s'étant simplement trompé sur les limites, ne poursuivait donc aucun intérêt, soit n'avait en vue que son propre intérêt. Même dans d'autres hypothèses, on ne saurait admettre un droit individuel à l'empiètement, par exemple pour la réalisation de logements sociaux, alors que les atteintes à la propriété sont, en vertu de l'article 34 de la constitution, du ressort exclusif de la loi.

En réalité, pour pouvoir tenter de bénéficier de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, il est nécessaire de considérer que l'atteinte n'est plus celle subie par le fonds victime de l'empiètement mais qu'elle provient de la décision du juge décidant une démolition et portant, donc, atteinte à la propriété de celui qui a commis l'empiètement. → [Suite page 3](#)

Telle est d'ailleurs implicitement l'idée qui sous-entendait la rédaction de la question qu'il était demandé à la Cour de cassation de transmettre. Mais le débat est alors totalement déplacé. Peut-on dire, véritablement, que le juge judiciaire porterait une atteinte non proportionnée au droit de propriété en faisant respecter la propriété d'autrui ? Cette démarche suppose de reconnaître une sorte de droit préalable à un empiètement dont la démolition ne pourrait être ordonnée que si un intérêt général et proportionné de maintien de la construction ne s'y oppose pas. Un tel retournement de situation laisse quelque peu perplexe puisque c'est l'auteur même de l'atteinte qui invoque la protection constitutionnelle contre celui qui en est victime. D'ailleurs, le refus de la démolition d'un faible empiètement pour préserver la propriété de son auteur, au regard du droit constitutionnel et au nom de l'intérêt général, ne permettrait-il pas au propriétaire victime de se prévaloir lui-même d'une protection constitutionnelle en arguant que l'atteinte qu'il subit à sa propriété n'est en rien justifiée et qu'au contraire l'intérêt général de dissuader de futurs empiètements nécessite une protection stricte de son droit ?

En l'espèce, plutôt que de déplacer la question sur le terrain, hasardeux, de la constitutionnalité, ne serait-il pas plus sage,

que d'un point de vue purement pragmatique, la loi règle la question en tenant compte d'éléments de bon sens, que sont l'importance de l'empiètement et la bonne foi de son auteur, en évitant tout abus de part et d'autre. Certains droits adoptent déjà d'ailleurs une position plus souple, comme le montrent les articles 912 et suivants du BGB sur les constructions saillantes ou l'article 674 du code civil suisse. L'Association Capitant avait d'ailleurs fait une proposition en ce sens qui mérite d'être rappelée en ce qu'elle pourrait servir de base à une éventuelle réforme : « Le propriétaire victime d'un empiètement non intentionnel sur son fonds, ne peut, si celui-ci est inférieur à 0,30 mètres, en exiger la suppression que dans le délai de deux ans de la connaissance de celui-ci sans pouvoir agir plus de dix ans après l'achèvement des travaux.

Dans le délai de l'article 2224, commençant à courir à l'expiration de l'action en démolition, le juge peut, à la demande de l'un des propriétaires, transférer la partie du fonds objet de l'empiètement à son bénéficiaire, moyennant une indemnité tenant compte de la valeur du fonds occupé, de la plus-value réalisée grâce à l'empiètement et du préjudice qu'il a causé ».

Le débat est donc, effectivement, loin d'être clos.



## LexisNexis® Prix du Meilleur étudiant juriste Immobilier

[www.herbertsmithfreehills.com/microsites/club-pierre/le-prix/le-prix-2016](http://www.herbertsmithfreehills.com/microsites/club-pierre/le-prix/le-prix-2016)

### Ce prix a vocation à récompenser le meilleur étudiant juriste immobilier en Master 2.

Il est attribué sur concours, chaque année par un jury composé de juristes professionnels de l'immobilier. Le prix est organisé conjointement par Herbert Smith Freehills, Juridim et l'Office Notarial Michelez Notaires.

Le prix est ouvert à tous les étudiants en Master 2 Droit immobilier ou en Master 2 Droit notarial.

Chaque année, une marraine ou un parrain, figure de l'immobilier, décerne le prix.

Cette année, le parrain sera Christophe Kullmann, directeur général de Foncière des régions et président de la Fédération des sociétés immobilières et foncières (FSTF).

#### Le déroulement des épreuves

##### • 1re sélection

Le professeur responsable de chaque Master sélectionne un maximum de six étudiants de son Master pour concourir. **La date limite de la présélection est le vendredi 26 février 2016.**

##### • 2e sélection

Les candidats sélectionnés sont invités à participer à une épreuve écrite portant sur l'actualité du droit immobilier (un sujet de droit public et un sujet de droit privé sont proposés au choix de l'étudiant). La copie du candidat doit être de quatre pages maximum (10 000 signes espaces compris). L'épreuve se déroulera en télétravail samedi 12 mars 2016.

##### • 3e sélection

Après sélection par le jury, les meilleurs candidats retenus (huit au plus) seront auditionnés lors d'un grand oral le jeudi 7 avril 2016 à Paris.

#### Le jury

Le jury est composé de directeurs et responsables juridiques membres de Juridim, d'avocats du cabinet Herbert Smith Freehills et de notaires de L'Office Notarial Michelez Notaires.

#### La remise du prix

Le prix sera remis lors d'un cocktail réunissant des universitaires et professionnels de la communauté immobilière, à Paris, le jeudi 7 avril 2016.

#### Contact

Isabelle Husson-Ribeiro

PrixImmobilier.Paris@hsf.com

Tél : +33 1 53 57 72 52