

nés dans le chef (aménagement éventuel de l'arbre litigieux en arbre de basse tige, etc.).

3. L'action fondée sur les troubles de voisinage et l'article 1382 du Code civil.

Les époux F. demandent en outre l'indemnisation d'un préjudice qu'ils évaluent *ex æquo et bono* à 2.500 EUR mais qui demeure « à justifier », ils fondent leur demande sur l'article 1382 du Code civil, à titre principal, et sur la théorie des troubles de voisinage, à titre subsidiaire.

Avant de statuer sur le fondement de cette demande, il convient d'ordonner la réouverture des débats afin de permettre :

— aux époux F. de justifier plus précisément l'évaluation de leur dommage (indication de la période couverte, justification, le cas échéant, de leur droit de réclamer le préjudice subi par les précédents propriétaires si cette période est, à tout le moins partiellement, antérieure à leur acquisition et, justification, dans le cas contraire, de leur demande en tant qu'elle vise également les consorts L. et la s.a. AG Insurance),

— aux consorts L., P., M. et la s.p.r.l. Leamma d'indiquer, sur la base de cette demande ainsi précisée et à considérer que la demande soit fondée, quel montant devrait être imputé à qui (P., M. et la s.p.r.l. Leamma veilleront à préciser en quoi ils estiment que la limitation de leur reprise d'instance à ce qui concerne les « chefs réels de la demande » leur permettrait, le cas échéant, de ne pas être condamnés à indemniser les époux F. de leur préjudice dès lors que la demande de ceux-ci les vise également),

— à la s.a. AG Insurance, de déposer le contrat d'assurance, qu'elle a omis de déposer lors de l'audience (et de répliquer, le cas échéant, quant aux précisions apportées par les époux F.).

[Dispositif conforme aux motifs.]

Observations

Les servitudes légales s'éteignent-elles par non-usage ?

I. Position de la question

1. Digne d'intérêt, la décision annotée l'est assurément. Sur plusieurs points, elle invite en effet à renouveler son regard sur ce droit réel démembré qu'est la servitude (légale, ici). De l'absence — persistante — de protestation de la part des voisins, par exemple, le juge refuse de déduire la naissance d'un quelconque droit réel de servitude par usucapion (au bénéfice de ceux qui ont planté des arbres à une distance inférieure à celle qu'impose la loi), puisque toute possession requiert un *corpus* et, qu'ici, nul empiètement (de l'arbre sur la propriété voisine) n'est à noter. En ce qui concerne cette fois la prescription libératoire, il opère un stimulant dédoublement entre l'extinction du droit lui-même (incertaine *in casu*, comme on va le voir), et celle de l'action tendant à le faire valoir en justice. Entre autres considérations, enfin, le tribunal fait de l'aménagement (apparent) de l'arbre en arbre à haute tige le point de départ de cette prescription.

Assurément, chacun de ces sujets aurait mérité un commentaire spécifique (et approfondi). Dans le cadre restreint de cette note, il a été jugé préférable toutefois de mettre la focale sur une autre question importante en droit des biens, réglée audacieusement par le tribunal civil de Bruxelles : l'application (ou non) aux servitudes légales du principe de la disparition du droit par non-usage (trentenaire), énoncé exclusivement dans le cadre des servitudes du fait de l'homme. Le juge ne fait certes pas de cet élément la clef de voûte de son argumentaire, mais il ne s'agit pas moins d'un point nodal de la motivation. L'occasion était trop belle dès lors de s'en emparer pour se livrer à une dissertation (succincte) sur la question¹.

2. Pour la raison précitée, le juge délaisse — à bon droit² — la piste de l'usucapion (dans le chef des propriétaires des arbres)³ ; soucieux nonobstant d'attacher quelque effet juridique au défaut de réaction prolongé dans le temps des voisins, il instruit alors logiquement l'hypothèse de la prescription extinctive (du droit desdits voisins, maîtres des fonds dominants et titulaires dès lors de la servitude). Précisément, « la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans », édicte le Code civil (en son article 706). Il reste à voir si cette disposition peut trouver à s'appliquer au cas d'espèce, dans la mesure où le législateur l'a logée au sein d'un chapitre⁴ dédié spécifiquement aux servitudes « établies par le fait de l'homme »⁵ (conventionnelles notamment), alors que la distance à respecter en cas de plantation d'un arbre à haute tige est rangée traditionnellement⁶ parmi les servitudes dites *légales*⁷ (en dépit du fait que les règles pertinentes sont à trouver en dehors du chapitre du Code civil dévolu spécialement aux « servitudes établies par la loi »⁸ — dans le Code rural *in specie*⁹).

Cet article de loi, tranche le magistrat, « ne concerne en principe, du fait de son emplacement dans le Code civil, que les servitudes du fait de l'homme » (raison pour laquelle il faut se tourner vers la prescription extinctive de l'action — et non plus du droit *in se*). Si elle cultive l'incontestable mérite de la clarté, cette position, qui a pour conséquence de cantonner l'éventualité de l'extinction par non-usage à la seule servitude du fait de l'homme, requiert à notre sens d'être interrogée.

II. De l'article 706 du Code civil comme déclinaison de l'article 2262 du même Code

3. Compte non tenu ici du *distinguo* apporté¹⁰ entre l'anéantissement du droit substantiel et celui de l'action proprement dite (ce droit « processuel »¹¹), on s'accorde tout d'abord à voir dans l'article 706 du Code

(1) Lorsque le non-usage trentenaire concerne une servitude *du fait de l'homme*, on lira notamment P. LECOCQ, « L'extinction des servitudes : de nuances en précisions », *J.T.*, 2007, pp. 81 et s., de même que P.-P. RENSON, « Le non-usage et l'extinction d'un droit de passage ou d'une servitude discontinuée », obs. sous Cass., 6 janvier 2006, *J.L.M.B.*, 2006, pp. 575 et s., entre autres.

(2) Voy. pour de plus amples développements S. BOUFFLETTE, « Servitudes du fait de l'homme - Chronique de jurisprudence 2008-2014 », in P. LECOCQ (dir.), *Les droits réels démembrés*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 87 et s. Cfr pour une illustration, J.P. Fontaine-l'Évêque, 14 juin 2012, *J.J.P.*, 2014, p. 160.

(3) En sens contraire, voy. J.P. Mouscron-Comines-Warneton, 21 décembre 2009, *J.J.P.*, 2011, p. 247, obs. P.L., ainsi que Civ. Bruxelles, 26 février 2010, *Res jur. imm.*, 2010, p. 129.

(4) Chapitre III (« Des servitudes établies par le fait de l'homme ») du titre IV (« Des servitudes ou services

des différentes modifications de la propriété ») du Code civil.

(5) Les parties jouissent en effet d'une grande autonomie contractuelle pour constituer des servitudes, pourvu que le service profite bien au fonds plutôt qu'à son propriétaire. Ainsi, « il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public », autorise l'article 686, alinéa 1^{er}, du Code civil. Lequel fait directement écho à l'article 1134 du même Code (« Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites »), dont il est une incontestable déclinaison. Cfr pour une application, Civ. Bruxelles, 3 février 2012, *J.T.*, 2012, p. 750. Voy. également l'article 637 du Code civil.

(6) Voy. par exemple J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 1181 et s.

(7) À l'instar des servitudes natu-

relles, les servitudes légales ont pour objet d'apporter des tempéraments aux prérogatives du propriétaire d'un terrain en vue de préserver les droits du propriétaire du fonds adjacent. Seulement, elles ne tirent pas leur raison d'être d'une situation *purement* décidée par la nature (comme la servitude d'écoulement des eaux naturelles) ; en amont, une activité *humaine* a fait naître ce besoin qui justifie le service foncier ou encore la nécessité de sauvegarder des intérêts du fonds dominant, qu'il s'agisse par exemple de la division des terres ayant provoqué l'enclavement (droit de passage), de l'érection d'un mur (servitude de jour et de vue) ou encore, comme ici, de la plantation d'un arbre (qui ne peut se faire qu'à une certaine distance par rapport à la ligne de séparation des terrains).

(8) Chapitre II du titre IV du livre II du Code civil.

(9) Aux articles 35 et s.

(10) Par la Cour de cassation entre autres : « Attendu que la prescription extinctive n'affecte pas l'existence de la dette mais seulement son exigibilité ; que l'obligation prescrite subsiste comme obligation naturelle » (Cass., 14 mai 1992, Arr.

Cass., 1991-1992, p. 856).

(11) C. EYBEN et J. ACOLTY, « La prescription extinctive en droit civil et commercial », in B. COMPAGNON (dir.), *La prescription*, Limal, Anthemis, 2011, p. 13 (« La prescription ne constitue pas dès lors un mode d'extinction de la dette, mais une *exception civile* permettant au débiteur de s'opposer à l'action en paiement [...] En d'autres termes, la prescription éteint non pas le droit ; elle éteint uniquement l'action »). Voy. également, de manière plus spécifique pour le point qui nous occupe, N. VERHEYDEN-JEANMART et D. DÉOM, *Les biens*, syllabus U.C.L. 2002-2003, p. 274 : « [L'article 706 du Code civil] s'applique-t-il aux servitudes légales et aux servitudes qui dérivent de la situation des lieux ? Il faut faire le départ entre le droit et son exercice. À l'évidence, le non-usage d'un texte légal n'entraîne pas déchéance du droit qui y est prévu. Mais, si le droit consacré par la loi demeure, les modalités d'exercice de celui-ci qui auraient fait l'objet d'une convention ou d'un jugement disparaîtront par non-usage ».

civil une « application du principe général »¹² posé par l'article 2262 du même Code et suivant lequel « toutes les actions réelles sont prescrites par trente ans, sans que celui qui allègue cette prescription soit obligé d'en rapporter un titre, ou qu'on puisse lui opposer l'exception déduite de la mauvaise foi ». Sous la réserve (notable) du droit de propriété¹³, tous les droits réels se perdent en effet à la longue, si on ne les utilise pas ; on a là une véritable règle d'or du droit des biens. Pourrait-on concevoir un instant que le législateur ait entendu faire exception à ce précepte d'airain, au bénéfice spécifiquement des servitudes naturelles et légales¹⁴ ? A *contrario*, est-il raisonnable par exemple d'assujettir *ad vitam* à une servitude légale de jours et de vues le fonds servant qui accueille un bâtiment au sein duquel a été aménagée une fenêtre à une distance proscrite par la loi (et, partant, d'exposer perpétuellement l'ouverture litigieuse à un risque d'obturation forcée) quand le voisin, propriétaire du terrain dominant, n'a *jamais* formulé la moindre objection, des décennies durant¹⁵ ? Il n'en va pas différemment, *mutatis mutandis*, du propriétaire qui aurait planté des arbres trop près de la ligne séparative.

Le non-usage trentenaire fait donc disparaître l'ensemble des servitudes¹⁶ ; ce, quand bien même d'ailleurs elles ne répondraient pas à la condition (cumulative) de continuité et d'apparence nécessaire pour fonder une prescription acquisitive cette fois¹⁷. Il n'y a définitivement que le droit de propriété, en raison de la singularité de son statut (le seul droit réel — principal — sur son bien propre), sur lequel l'écoulement du temps n'a pas de prise¹⁸. En somme, « quoique les articles 706 à 710 du Code civil traitant de la prescription extinctive se trouvent inscrits dans le chapitre des servitudes conventionnelles, la majorité de la doctrine et la jurisprudence admet que les servitudes légales d'intérêt privé sont également prescriptibles », synthétise Martine Burton¹⁹.

III. Et si les articles 686 à 710bis du Code civil formaient le « droit commun » des servitudes ?

4. Ensuite, le chapitre sur les servitudes du fait de l'homme occupe une place à part dans l'ordonnement du Code civil, en ce que l'on y trouve une série de notions qui, indubitablement, gouvernent aussi les autres servitudes (légales et naturelles). Il en va ainsi de la distinction entre servitudes continues et discontinues²⁰, ou encore de celle qui oppose les servitudes apparentes à leurs homologues non apparentes²¹. Ces appartenances croisées revêtent une importance décisive dans la mesure où seules peuvent naître par usucapion et par destination du père de famille les servitudes simultanément continues et apparentes²² (comme la servitude d'aqueduc²³)... autre règle énoncée uniquement dans le cadre des servitudes du fait de l'homme²⁴. Or, qui prétendrait que ce mode d'acquisition ne vaut point pour les servitudes naturelles (pourvu à nouveau qu'il y ait bien « débordement » et emprise matérielle — *corpus* — sur la chose concernée) ?

Il n'est pas interdit, plus globalement, de prêter à ce chapitre III du titre IV du livre II du Code civil une portée générale, qui le ferait régir en sus les autres servitudes, sauf disposition contraire portée par les chapitres I et II (afférents respectivement aux servitudes naturelles et légales). Le procédé légistique n'a rien d'exceptionnel ; on le retrouve dans une matière aussi courante que le louage de choses par exemple. Ainsi les articles 1714 à 1762bis du Code civil constituent-il le socle transversal des droits et obligations locatifs (le « droit commun ») ; ces dispositions « générales »²⁵ s'appliquent de manière indistincte aux baux d'habitation des immeubles n'accueillant pas la résidence principale du preneur (on trouve là les secondes résidences, les chambres d'étudiants, etc.) ainsi qu'aux baux commerciaux et aux baux à ferme²⁶... dans la mesure uniquement où

les « règles particulières »²⁷ relatives à ces régimes n'y contreviennent pas²⁸.

La matière du bail n'est pas la seule. Le livre III du titre III du Code civil s'intitule « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général ». Théoriquement, dès lors, son chapitre V sur « l'extinction des obligations » n'est pas censé s'appliquer aux obligations *non* contractuelles. Or, il est de doctrine constante que les causes d'extinction énumérées à l'article 1234 du Code civil (qui ouvre ce chapitre V) concernent *toutes* les obligations²⁹, indépendamment de leur source³⁰.

5. Et si, de la même manière, les articles 686 à 710bis formaient le droit commun des servitudes ? En tous cas, les servitudes du fait de l'homme « sont les seules à avoir fait l'objet, de la part du Code civil, d'une théorie globale », observe Jacques Hansenne. Lequel n'hésite d'ailleurs pas à ériger ce chapitre en « théorie générale des services fonciers » ; à l'égard des autres servitudes, il convient dès lors de « déterminer dans quelle mesure [cette théorie] leur est applicable »³¹. Et, en termes exprès, cet éminent auteur³² soumet bien à l'article 706 des servitudes *non* établies du fait de l'homme³³ telles que l'écoulement des eaux naturelles³⁴ ou encore la servitude d'aqueduc (et appui)³⁵.

En tous cas, il semble difficile de soutenir par exemple que, au motif que la règle ne serait prévue qu'à l'article 705 du Code civil relatif à la confusion³⁶ (et pas ailleurs), une servitude légale comme le droit de passage ne s'éteindrait pas lorsque les terrains servant et dominant se rejoignent dans le même patrimoine ; de manière constante, effectivement, « la servitude de passage en cas d'enclave est soumise à tous les cas d'extinction des servitudes, notamment à la confusion »³⁷. En sens inverse (preuve que l'exercice de transposition éventuelle se fait au cas par cas), un procédé tel que la suppression pour perte d'utilité³⁸ semble réservé aux servitudes

(12) J.-F. ROMAIN *e.a.*, *Droits réels - Chronique de jurisprudence 1998-2005*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 261.

(13) Voy. pour une application récente Cass., 4 octobre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1298, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK.

(14) En creux, Civ. Termonde, 8 novembre 2012, *T.M.R.*, 2013, p. 661.

(15) *Cf.* entre autres J.P. Bruxelles, 28 juin 2004, *J.J.P.*, 2006, p. 133.

(16) Une nuance se doit néanmoins d'être apportée ici, concernant la servitude légale de passage : si le droit lui-même est prescriptible, l'action en attribution d'un passage (dont les aspects procéduraux sont régis par l'article 1371bis du Code judiciaire) n'est, elle, point sujette à prescription, dispose l'article 682, § 2, du Code civil. On a affaire en effet à un véritable attribut du droit de propriété (lequel, on le sait, ne périclète pas par non-usage). Dès lors, si le droit vient à disparaître, mais que l'état d'enclave demeure, un passage pourra être exigé à nouveau, sur une base inédite (J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996, pp. 1217-1218) ; toutefois, il y a fort à parier que, en ce cas-là, la situation matérielle d'enclave aura elle-même disparu dans l'interval.

(17) Voy. *infra* n° 4.

(18) À moins naturellement que le non-usage de la chose par le *verus dominus* se double de l'exercice concurrent par autrui d'une maîtrise sur celle-ci, ce qui donnera lieu alors à usucapion.

(19) M. BURTON, « Les servitudes », in *Rép. not.*, Bruxelles, Larcier, 1990, p. 73.

(20) Article 688 du Code civil.

(21) Article 689 du Code civil.

(22) Voy. les articles 690 et s. du Code civil.

(23) Articles 15 et s. du Code rural.

(24) *Cf.* toutefois l'article 642 du Code civil (le droit sur les sources, classé dans les servitudes naturelles).

(25) Tel est le libellé officiel du titre de la section première du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil.

(26) Voy. d'ailleurs les articles 1726, 1743, 1744 ou encore 1749 du Code civil, qui évoquent explicitement le « fermier ». *Cf.* également, mais en sens inverse cette fois, les

articles 1728ter, § 3, 1728quater, § 3, et 1730, § 4, du Code civil.

(27) *Cf.* le titre des sections 2, 2bis et 3 respectivement du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil.

(28) A *contrario*, et parce que cet aspect n'est aucunement traité par la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil relative aux baux de résidence principale (et introduite par la loi du 20 février 1991 modifiant et complétant les dispositions du Code civil relatives aux baux à loyer, *M.B.*, 22 février 1991), la « responsabilité en cas d'incendie » par exemple relève du droit commun (article 1733 du Code civil).

(29) En ce compris donc celles qui naissent d'actes juridiques unilatéraux, d'obligations naturelles, de quasi-contrats...

(30) « L'extinction des obligations atteint celles-ci quelle qu'en soit la source » (P. VAN OMMELAGHE, *De Page - Traité de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 2227). Voy. également P. WÉRY,

« Introduction », in *Chronique de jurisprudence sur les causes d'extinction des obligations (2000-2013)*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 10.

(31) J. HANSENNE, *Les biens - Précis*, t. II, Liège, Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1996,

p. 1106.

(32) J. HANSENNE, *ibidem*, t. II, pp. 1175 et 1181 respectivement.

(33) Il convient par ailleurs de noter que, en dehors des cas (stricts) prévus par la loi, ou pour modaliser le régime légal, les parties restent libres de conclure par elles-mêmes une servitude d'écoulement des eaux naturelles ou d'aqueduc (qui sera dite, alors, du fait de l'homme). Rien ne les empêche donc de créer un tel service foncier à propos d'une situation qui pourrait justifier une servitude légale ; cette circonstance ne dépourra point la servitude ainsi instituée de son caractère conventionnel. *Cf.* sur le thème S. BOUFFLETTE, « Passage sur le fonds d'autrui : variations sur un même thème », note sous J.P. Fontaine-l'Évêque, 14 mai 2004, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1744.

(34) Article 640, alinéa 1^{er}, du Code civil.

(35) Articles 15 et s. du Code rural.

(36) « Toute servitude est éteinte lorsque le fonds à qui elle est due, et celui qui la doit, sont réunis dans la même main ».

(37) J. HANSENNE, *op. cit.*, t. II, p. 1217.

(38) Article 710bis du Code civil.

vitute une fonction précise : procurer un service (à un autre terrain)⁵⁷. Il s'en infère que si la servitude reste inexploitée sur le long terme, on a là la meilleure preuve que le besoin initial présumé n'est plus (ou n'a jamais véritablement existé) ; ce droit n'a plus de sens dès lors et, dépouillé de son utilité, il perd aussi sa raison d'être⁵⁸. C'est une démarche intimement téléologique qui, ici, doit être suivie, riviée tout entier à l'objectif ultime du texte légal. De Page et Dekkers ne disent pas autre chose : « il est certain que la loi n'a point prévu la question », observent-ils à propos de l'extension éventuelle de la prescription trentenaire aux servitudes légales et naturelles. « Mais il nous semble qu'elle doit se résoudre en s'attachant moins à la source de la servitude qu'au but de la règle. L'article 706 procède de l'idée que les charges foncières ne se justifient que si on en use. Nous ne voyons pas pourquoi cette idée ne s'appliquerait pas aux servitudes légales comme aux servitudes établies par l'homme »⁵⁹. « Il n'y a pas de bonne raison », enchaîne Martine Burton à propos de l'article 706 toujours, « d'exclure de son champ d'application certaines servitudes »⁶⁰. « Ces notions d'usage et d'utilité pour le fonds restent consubstantielles au concept de servitude et en déterminent le régime », complète Pascale Lecocq de manière générale. « Elles doivent guider le juriste dans la recherche de la solution, spécialement lorsqu'il s'agit de prononcer l'extinction d'une servitude [...] »⁶¹.

VI. Du rôle du juge

9. Une dernière réflexion, en guise de conclusion, peut encore prospérer sur ce thème. En affirmant qu'« il n'appartient pas au juge d'étendre par analogie une cause de prescription extinctive à une servitude qui n'a pas été visée par le législateur », le tribunal civil de Bruxelles est incontestablement dans son rôle. Pour autant, l'auteur de doctrine n'est pas moins dans le sien lorsqu'il pointe les failles de la loi et appelle, pour combler celles-ci, à raisonner en gardant à l'esprit la finalité du texte.

Une seule solution (hors la modification législative évidemment) s'impose dès lors pour le tribunal : « le caractère éventuellement inconstitutionnel de la différence de traitement ne pourrait être constaté que par la Cour constitutionnelle ». Que penser de cette piste (à actionner dans un cadre préjudiciel, vu l'âge des dispositions légales relatives aux servitudes) ? Son office autorise-t-il la haute juridiction à suppléer de la sorte aux silences et ellipses de la loi ? On pourrait être tenté de

conclure par la négative, notre cour suprême n'étant pas censée épingler dans la législation entreprise d'autres carences que celles qui induisent une discrimination avérée. Elle n'a pas compétence pour remplir elle-même les non-dits de la loi⁶². Cette approche, toutefois, se révèle réductrice dès lors qu'elle fait l'impasse sur une tendance jurisprudentielle et doctrinale émergente, relative à la « lacune législative ». Étudions-la.

10. Sur la portée de ses arrêts préjudiciels, la Cour constitutionnelle a en effet développé un enseignement qui tend à conférer à ceux-ci un certain impact correctif de la norme à elle déferée, à tout le moins dans sa mise en œuvre judiciaire. « Pour ce qui est de l'observation du conseil des ministres selon laquelle la Cour peut constater une lacune législative mais ne peut la combler, c'est au juge *a quo* », rétorque notre juridiction suprême (soucieuse d'impliquer un autre acteur en vue de trouver un expédient au problème du mutisme de la loi), « qu'il appartient, si la lacune est située dans le texte soumis à la Cour, de mettre fin à l'inconstitutionnalité constatée par celle-ci, lorsque ce constat est exprimé en des termes suffisamment précis et complets pour permettre que la disposition en cause soit appliquée dans le respect des articles 10 et 11 de la Constitution ». Il convient de rappeler à cet égard, et c'est un truisme, que la juridiction ayant posé la question préjudicielle est tenue de se conformer à la décision de la Cour constitutionnelle⁶³.

Celle-ci, en fait, a pu puiser son inspiration au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans son célèbre arrêt *Marckx*, Strasbourg avait jugé contraire à l'article 14 de la Convention (prohibant toute discrimination) « l'absence complète de vocation successorale » dont avaient alors à souffrir les enfants dits naturels en Belgique, en raison de la nature particulière de cette filiation⁶⁴. Or, confrontée quelques années plus tard à une question similaire (affaire *Vermeire c. Belgique*), elle a estimé que le « constat [de l'arrêt *Marckx*] concernait des faits si proches de ceux de la présente espèce qu'il vaut également pour la succession litigieuse, ouverte après son prononcé » et que, en conséquence, « on ne discerne pas ce qui pouvait empêcher la cour d'appel de Bruxelles, puis la Cour de cassation de se conformer aux conclusions de l'arrêt *Marckx* à l'instar du tribunal de première instance : n'était ni imprécise ni incomplète la règle qui interdisait d'opérer au détriment d'Astrid Vermeire, par rapport à ses cousins Francine et Michel, une discrimination fondée sur le caractère naturel du lien de parenté l'unissant au de *cujus* »⁶⁵.

Il n'est jusqu'à la Cour de cassation à n'adopter un raisonnement analogue. Ainsi, « le juge est tenu de remédier dans la mesure du possible à toute lacune de la loi qui viole les articles 10 et 11 de la Constitution dont la Cour constitutionnelle a constaté l'existence. Le juge ne peut pallier cette lacune que si celle-ci le permet. Ainsi, il peut et doit pallier la lacune s'il peut mettre fin à l'inconstitutionnalité en suppléant simplement à l'insuffisance de la disposition légale litigieuse dans le cadre des dispositions légales existantes, de manière à la rendre conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution ». Cette faculté n'est cependant pas sans limites, car ledit magistrat « ne peut se substituer au législateur si la lacune est telle qu'elle exige nécessairement l'instauration d'une nouvelle règle qui doit faire l'objet d'une réévaluation des intérêts sociaux par le législateur ou qui requiert une modification d'une ou de plusieurs dispositions légales »⁶⁶. Et la Cour de cassation de préciser (dans une autre espèce) : « Cette possibilité dépend de la nature de l'omission. Si le comblement de la lacune requiert un régime procédural totalement différent, le juge ne peut se substituer au législateur. Mais s'il est possible de mettre fin à l'inconstitutionnalité en se bornant à compléter la disposition légale de sorte qu'elle ne soit plus contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, le juge a le pouvoir et le devoir de le faire »⁶⁷.

Ces avancées jurisprudentielles rejoignent, peu ou prou, la doctrine autorisée, qui fait le départ entre lacunes intrinsèques (internes à la disposition légale querellée devant la Cour constitutionnelle) et extrinsèques (qui résultent d'une faille plus générale dans notre système de droit)⁶⁸. Les premières, schématiquement, peuvent être « corrigées » par le juge destinataire de la question préjudicielle, tandis que les secondes appellent une modification législative formelle.

11. Ceci étant, le recours à la Cour constitutionnelle ne constitue pas non plus la panacée (au-delà même du fait qu'il faut encore, naturellement, qu'une question préjudicielle lui soit adressée sur ce point précis) ; tout dépendra de l'appréciation qu'elle fera, sur le fond, de la différence de traitement alléguée. Une illustration, qui n'est pas sans faire écho au sujet qui nous occupe ici (et à l'article 706 du Code civil en particulier), s'avère éloquent : la sanction civile attachée au défaut d'enregistrement du bail de résidence principale, tenant dans la faculté offerte au preneur de mettre fin au contrat de manière anticipée sans devoir respecter le délai normal du congé ni payer d'indemnité⁶⁹. Malgré que cette mesure soit enchâssée dans une disposition légale afférente au bail de neuf ans,

biens, Limal, Anthemis, 2014, pp. 123 et s.).

(57) Ou, à tout le moins, offrir quelque commodité au fonds dominant (P. LECOCQ, « L'extinction des servitudes : de nuances en précisions », *J.T.*, 2007, p. 81).

(58) *Cfr* J.P. Gand, 25 juin 2012, *T.G.R.* - *T.W.V.R.*, 2013, p. 105.

(59) *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VI, Bruxelles, Bruylant, 1990, § 250.2).

(60) « Sauf », précise-t-elle comme on l'a vu, « si elles sont d'intérêt public » (M. BURTON, *op. cit.*, p. 73).

(61) P. LECOCQ, « L'extinction des servitudes : de nuances en précisions », *J.T.*, 2007, p. 81.

(62) Ni, partant, pour connaître de dispositions non adoptées officiellement sous forme de loi (C.A., 7 février 1991, n° 2/1991, cons. B.2).

(63) En vertu de l'article 28 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la

Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989.

(64) Arrêt *Marckx c. Belgique* (plén.) du 13 juin 1979, § 59.

(65) Arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, § 25.

(66) Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2440.

(67) Cass., 14 octobre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2215.

(68) *Cfr* entre autres M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative

ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669 et s., ainsi que P. MARTENS, « Le juge légiférant », note sous C. const., 11 janvier 2012, n° 1/2012, *J.L.M.B.*, 2012, pp. 557 et s.

(69) Article 3, § 5, alinéa 3, de la section 2 du chapitre II du titre VIII du livre III du Code civil, inséré par l'article 73 de la loi-programme du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006.

plusieurs auteurs⁷⁰ et magistrats⁷¹ la tiennent pour applicable aux conventions de *courte durée* aussi⁷². Saisie ici du problème, la Cour constitutionnelle a certes estimé que « la limitation de la mesure aux contrats de bail de neuf ans est raisonnablement justifiée »⁷³ et, partant, ne heurte pas le principe de non-dis-

crimination, sans autre forme de discussion. Ce raisonnement se fonde toutefois sur une « lecture littérale de la loi et critiquable au regard des objectifs du législateur », avance Alexandre Cruquenaire par exemple⁷⁴; certains continuent dès lors à y voir une inégalité de traitement⁷⁵, de sorte que la question de-

meure ouverte. Il en va de même, à plus forte raison, de la prescription libératoire des servitudes légales. Affaire à suivre dès lors !

Nicolas BERNARD*

Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles

(70) Notamment E. RIQUIER, « Modifications des dispositions du Code civil en matière de bail par les dispositions fiscales de la loi-programme du 27 décembre 2006 - Une irruption malheureuse de la loi fiscale dans le droit des baux », *R.G.D.C.*, 2007, p. 281 et N. BERNARD, « La résiliation (sans préavis ni indemnité) d'un bail non enregistré : pour les contrats de courte durée aussi ? », obs. sous J.P. Uccle, 4 mars 2008, *J.J.P.*, 2011, pp. 81 et s.

(71) J.P. Waremme, 4 décembre 2008, *Huur*, 2009, p. 79 et J.P. Uccle, 5 juin 2008, *R.G.* n° 5183/200, inédit.

(72) Ils ne sont pas sans arguments. Notamment, les contrats de courte et

de longue durée ont été conçus par le législateur comme un *continuum* puisque le bail de trois ans ou moins se mue automatiquement — faute de congé donné dans les temps — en convention de neuf ans (avec, de surcroît, prise de cours rétroactive). Difficile par ailleurs de croire que le preneur de courte durée, à qui les législations successives ont cherché à assurer une protection renforcée, serait le seul à ne pouvoir faire usage du dispositif. Enfin, il se contredirait assurément le législateur qui, d'une part, intensifie l'obligation d'enregistrement du bail (à des fins de centralisation statistique notamment) et, de l'autre, en exempte les contrats de courte durée, ultra-majoritaires en

pratique.

(73) C. const., 9 juillet 2009, n° 109/2009. Voy. également C. const., 4 février 2010, n° 10/2010 et C. const., 29 avril 2010, n° 50/2010. Sur cette jurisprudence, voy. M. DE SMEDT et M. HIGNY, « Le bail de résidence principale : questions choisies », in B. KOHL (dir.), *Actualités en droit du bail*, C.U.P., vol. 147, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 109 et s., A. CRUQUENAIRE, « La sanction du défaut d'enregistrement du bail de résidence principale », *R.G.D.C.*, 2009, pp. 488 et s., ainsi que M. DAMBRE, « Niet-registratie van een woninghuurcontract van korte duur », *NjW*, 2009, pp. 722 et s.

(74) A. CRUQUENAIRE, « Le bail de ré-

sidence principale : une réforme à l'épreuve », *J.L.M.B.*, 2009, p. 1458.

(75) L. HERVÉ, « La durée et la fin du bail dans la loi sur le bail de résidence principale : une réglementation équilibrée, mais susceptible d'améliorations », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation - Quel(s) levier(s) pour les Régions ?*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 58 et s. *Contra* : M. VAN MOLLE, « L'enregistrement du bail et l'aliénation du logement loué : constats et perspectives », in *La dé-fédéralisation du bail d'habitation - Quel(s) levier(s) pour les Régions ?*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 255.

(*) L'auteur tient à remercier vivement Mme Sophie Boufflette pour ses commentaires avisés.

Chronique judiciaire



Conférences

Mélanie Bost et Jérôme de Brouwer : magistrature et barreau face à l'occupant (1914-1918).

La Conférence du Jeune barreau de Bruxelles ne pouvait mieux commémorer le premier conflit mondial qu'en programmant une conférence sur l'attitude de la magistrature et du barreau sous l'occupation allemande. Les auditeurs, réunis dans le vestiaire des avocats, ont eu le plaisir d'entendre sur ce sujet Jérôme de Brouwer, professeur d'histoire du droit à l'U.L.B., et Mélanie Bost, chercheuse au Cegesoma (Centre d'études et de documentation guerre et sociétés contemporaines) et à l'École royale militaire.

Alternant la prise de parole, le premier évoquait l'attitude du barreau (de Bruxelles exclusivement), tandis que la seconde revisitait celle de la magistrature. Leur exposé se centrerait sur la question suivante : comment exercer la justice en Belgique occupée et jusqu'à quel point lais-

sait-on l'occupant conduire sa politique et s'immiscer dans le cours de la justice ? Le palais de justice est partiellement occupé par l'armée allemande qui en a fait un lieu de casernement. Les effectifs du barreau sont considérablement réduits en raison de la guerre. Comment assurer dans ces circonstances leurs fonctions d'auxiliaires de justice ? Comment, par exemple, faire fonctionner le bureau de consultation gratuite ? Vigilant et prompt à la confrontation, le conseil de l'Ordre, en particulier le bâtonnier Théodor, entend se positionner face aux conditions nouvelles de l'exercice de la profession. Faut-il assurer la défense de clients allemands ? Peut-on défendre des Belges traduits devant les juridictions militaires allemandes, en prenant part de cette façon aux mesures de l'occupant ? Le barreau se heurte à lui de manière plus frontale en 1915, lorsque celui-ci prend un arrêté instituant des tribunaux appelés à connaître des litiges locatifs en excluant l'intervention des avocats. L'accroissement des tensions se solde en septembre

1915 par l'arrestation et la déportation en Allemagne du bâtonnier.

Et la magistrature ? Son attitude est tout autre. Très largement, elle opte pour la conciliation, dont l'objectif premier, qui guide toute son action, est de permettre la continuité de l'exercice de la justice. Très largement, elle prend ses distances avec l'attitude de confrontation privilégiée par le barreau. Il s'agit pour la haute magistrature d'assurer, à travers la poursuite de l'activité judiciaire, la continuité du dernier des trois pouvoirs subsistants. Cette attitude change au mois de février 1918 à la suite des mesures prises par l'occupant en vue d'organiser la séparation administrative du pays (consacrant l'autonomie administrative de la Flandre). La confrontation qui s'engage conduit la magistrature à entrer en grève. Celle-ci ne se terminera qu'à la fin de la guerre, constituant pour le pouvoir judiciaire une manifestation de résistance tardive, mais éclatante.

Revenant aux avocats, Jérôme de Brouwer n'a pas manqué d'évoquer leur engagement en dehors de l'exercice de leur profession, dans la résistance, à travers les journaux clandestins comme *La Libre Belgique*, ou dans leur assistance à la population, à travers l'activité du comité national de secours et d'alimentation.

Le chapitre de l'épuration, enfin, n'a pas été éludé. Les procédures

disciplinaires, pour les magistrats comme pour les avocats, ont essentiellement conduit à écarter ceux qui avaient pris part au projet politique de l'occupant, visant la séparation administrative du pays, les « activistes », qu'ils fussent flamands ou wallons.

La conférence s'est achevée par une mise en perspective de l'attitude du barreau sous l'occupation avec les enjeux et les tensions qui traversent la profession d'avocat sur une plus longue durée. La fin de la guerre permettrait, à court terme, la réaffirmation du « barreau des valeurs traditionnelles », aussi appelé « barreau latin » contre un « barreau d'affaires » qui prenait alors, depuis la fin du XIX^e siècle, de plus en plus d'importance.

L'auditoire, qui rassemblait avocats et magistrats, a été conquis par la qualité des exposés, qui apportaient nombre d'éléments nouveaux à la connaissance des magistrats et avocats au cours de cette période. La qualité du contenu a été relevée par la forme dynamique, parfois dialoguée, que les deux conférenciers ont adoptée.

La Conférence du Jeune barreau a été bien inspirée d'ouvrir ses manifestations de commémoration du centenaire de la Première Guerre à la part qu'y a prise le monde judiciaire.

Jeanne STICHELBAUT