

je puis acquérir une extension de la servitude de prise d'eau, puisque la servitude elle-même, avec toute l'étendue que je réclame, aurait pu s'établir par la force seule de la possession. La difficulté est donc une difficulté de fait. Il faut prouver que la possession a les caractères voulus par la loi; elle doit notamment être continue. Est-ce à dire qu'il faille que toujours, sans exception aucune et pendant trente ans, la prise d'eau ait eu lieu d'une manière uniforme jusqu'à trois heures? La continuité, en cette matière, n'est pas l'uniformité. Des réparations à faire à l'usine, une diminution temporaire de l'achalandage peuvent suspendre ou diminuer la prise d'eau. Le juge ne s'arrêtera pas à ces déviations passagères, il décidera d'après les faits réguliers et normaux (1).

§ III. Droits du propriétaire de l'héritage dominant.

N° 1. DES TRAVAUX NÉCESSAIRES A LA SERVITUDE.

239. L'article 697 porte que celui auquel une servitude est due a droit de faire tous les ouvrages nécessaires pour en user et pour la conserver. Il est inutile que le titre énumère les ouvrages que le propriétaire du fonds dominant est autorisé à faire, son droit est écrit dans la loi, et la loi même ne fait que consacrer une application de cette maxime de droit naturel, que celui qui veut la fin veut les moyens. En ce point, les énonciations ne peuvent donc jamais être considérées comme restrictives; il serait absurde de refuser à celui qui a droit à une servitude les moyens nécessaires de l'exercer. Le cas s'est présenté devant la cour de Liège. L'Etat avait acheté une servitude d'aqueduc pour conduire les eaux de la Vesdre à la station du chemin de fer de Verviers. Il était dit dans l'acte que l'Etat était autorisé à creuser sur le fonds servant un fossé pour l'établissement de tuyaux destinés à conduire

(1) Dupret, *Des modifications de la servitude par la prescription* (*Revue de droit français et étranger*, 1846, t. III, p. 819-821).

l'eau. On commença par placer des tuyaux en fonte; ces tuyaux étant insuffisants, l'Etat construisit un canal en maçonnerie. Opposition de la part du propriétaire du fonds servant, qui invoque le titre constitutif de la servitude. Dans un savant réquisitoire, le procureur général, M. Raikem, discuta toutes les lois romaines qui avaient rapport à la question. Nous avons un respect profond pour nos maîtres, les jurisconsultes de Rome; mais nous trouvons inutile de recourir à leurs décisions quand elles ne font qu'embarasser la discussion par des controverses sur les textes du Digeste, alors que les principes les plus élémentaires suffisent pour résoudre la difficulté. Dans l'espèce, il n'y avait pas même de difficulté: le texte est formel, et l'esprit de la loi plus évident encore. Conçoit-on que le propriétaire du fonds servant vienne dire au propriétaire du fonds dominant: Je vous ai vendu une servitude d'aqueduc moyennant des tuyaux; ces tuyaux ne vous suffisent pas; peu importe; je m'oppose à la construction du canal nécessaire à l'exercice de la servitude, bien que ce canal ne me cause aucun préjudice! Le bon sens suffit pour repousser de pareilles prétentions (1).

240. Celui à qui la servitude est due peut-il faire les ouvrages nécessaires sur le fonds servant? La loi ne le dit pas, mais il ne saurait y avoir de doute. Il va sans dire que le propriétaire peut faire sur son fonds tous les travaux qui peuvent lui être utiles, pourvu qu'il n'aggrave pas la condition du fonds servant. Quand donc la loi l'autorise à faire les ouvrages nécessaires, il faut entendre les travaux qui doivent être faits sur le fonds assujéti. Ici il y a une restriction aux droits du propriétaire dominant; elle résulte du texte et des principes. La loi dit les ouvrages nécessaires pour user de la servitude et pour la conserver. Quels travaux sont nécessaires? C'est une question de fait que le premier architecte venu résoudra mieux que ne l'ont fait les jurisconsultes romains auxquels on aime à recourir par tradition (2). Le propriétaire du fonds dominant

(1) Liège, 18 décembre 1851 (*Pastorie*, 1852, 2, 320).

(2) Voyez quelques-unes de leurs décisions dans Ducarroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 243, n° 358.

peut aussi faire les travaux nécessaires pour la conservation de son droit, c'est-à-dire les travaux destinés à maintenir les choses dans l'état où elles doivent être pour l'usage de la servitude. Encore une question de fait.

241. Qui supporte les frais de ces ouvrages? Aux termes de l'article 698, les travaux sont aux frais de celui à qui la servitude est due, et non à charge du propriétaire du fonds assujetti. Quelle en est la raison? Toullier répond que le propriétaire de l'héritage dominant doit supporter les frais parce qu'ils sont faits pour son utilité. La raison n'est pas décisive. Ne pourrait-on pas dire que celui qui vend une servitude d'aqueduc doit livrer un aqueduc à l'acheteur? Il faut chercher le vrai motif dans la nature de la servitude, droit réel, qui, comme Toullier l'ajoute, n'oblige pas le propriétaire du fonds servant à faire; il est seulement tenu de souffrir que le propriétaire de l'héritage fasse les ouvrages nécessaires. Au point de vue pratique, cela importe très-peu, car les servitudes s'établissant d'ordinaire à titre onéreux, le prix sera fixé en conséquence des travaux qui restent à charge du propriétaire dominant.

242. L'article 698 ajoute que le titre d'établissement de la servitude peut mettre les frais des ouvrages à charge du propriétaire du fonds assujetti. Il va sans dire que les propriétaires peuvent contracter telle obligation personnelle qu'ils veulent s'imposer à l'occasion de l'établissement de la servitude : cela ne fait aucun doute. Mais cette obligation peut-elle aussi être stipulée à titre de charge réelle? Sur ce point les auteurs du code civil se sont écartés du droit romain. Après de longues controverses, il avait été admis que dans la servitude *oneris ferendi*, qui astreint le propriétaire du fonds assujetti à supporter des constructions appuyées sur son mur ou sur son bâtiment, il était tenu aussi, et à titre de charge réelle, de faire les réparations nécessaires au mur ou au bâtiment assujetti. Ce n'est pas l'homme, disaient les jurisconsultes, qui est débiteur, c'est le fonds, pour marquer que cette obligation prenait le caractère d'un droit réel. C'était une exception qui existait de plein droit, et à raison de la nature particulière de la ser-

vitute *oneris ferendi*; le mur supportant la maison du voisin, il paraissait naturel qu'il fût réparé par le propriétaire de la maison plutôt que par le propriétaire du fonds dominant. Le code généralise l'exception; non pas que de plein droit et sans stipulation le propriétaire du fonds assujetti doive supporter les frais des ouvrages nécessaires à l'usage de la servitude; l'article 698 pose la règle contraire, mais il permet aux parties intéressées d'y déroger. Il y a donc une double dérogation au droit romain. L'exception concernant la servitude *oneris ferendi* n'existe plus : c'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Duranton; il suffit de lire l'article 698 pour se convaincre que le respect exagéré pour le droit romain a induit Duranton en erreur. Par contre, il dépend des parties de stipuler, dans toute espèce de servitude, que le propriétaire du fonds assujetti est tenu de faire à ses frais les ouvrages nécessaires pour l'usage ou la conservation de la servitude (1).

243. Quelle est la nature de cette stipulation? La loi présume que la charge est réelle, car elle décide que celui à qui le titre l'impose peut toujours s'en affranchir en abandonnant le fonds assujetti au propriétaire de l'héritage dominant. Est-ce à dire que la charge soit nécessairement réelle? Non, certes; c'est par dérogation au droit commun qu'elle est considérée comme telle. Le fonds seul est tenu en matière de servitudes; or, un fonds ne peut être obligé à faire; mais l'obligation de faire les ouvrages étant l'accessoire de la servitude, le législateur lui attribue le même caractère de réalité. Puisque telle est l'interprétation que la loi donne à la convention, il faudrait une manifestation de volonté en sens contraire pour que la charge fût personnelle à celui qui doit la supporter.

Voici donc le système du code civil. De droit commun, les ouvrages nécessaires à l'usage de la servitude doivent être faits par le propriétaire du fonds dominant et à ses frais. C'est par exception que les travaux sont à la charge du propriétaire de l'héritage assujetti; il faut, comme pour

(1) Toullier, t. II, p. 306, n° 665. Demante, t. II, p. 650, n° 555 bis I. Demolombe, t. XII, p. 398, n° 873 et suiv. Arrêt de rejet du 16 mars 1869 (Daloz, 1870, I, 120). Comparez Duranton, t. V, p. 529, n° 503.

toute exception, une stipulation expresse; l'article 698 dit : « à moins que le titre d'établissement de la servitude ne dise le contraire (1). » Quand l'exception est écrite dans le contrat, il en résulte une charge réelle, sauf, de nouveau, stipulation contraire.

Cela suppose qu'il n'y a aucune faute de la part des deux propriétaires. S'il y a faute, on rentre sous l'empire des principes généraux. Lorsque des travaux de réparation sont devenus nécessaires par la faute du propriétaire de l'héritage servant, il devra les faire à ses frais, quand même le titre ne mettrait pas les ouvrages à sa charge. Que si c'est la faute du propriétaire de l'héritage dominant qui a nécessité les travaux, il devra les faire à ses frais, alors même que le titre chargerait le propriétaire du fonds assujéti de faire tous les ouvrages nécessaires à l'usage de la servitude (2).

244. La charge étant présumée réelle, il faut appliquer les principes qui régissent les droits réels. C'est une modalité de la servitude, dit un arrêt de la cour de cassation, qui, comme la servitude même, grève à perpétuité le fonds assujéti, et le suit en quelques mains qu'il passe (3). La cour de cassation a consacré une autre conséquence du même principe dans une affaire très-intéressante. Une servitude de prise d'eau est stipulée dans un partage, et les travaux sont mis aux frais du second lot. Le copartageant, propriétaire du fonds dominant, prend inscription pour le privilège qui lui appartient en vertu de l'article 2103, n° 3, du chef de soulte et retour de lot. De là la question de savoir si la charge imposée au second lot était une créance privilégiée. Le privilège n'est établi que pour garantir l'exécution des obligations personnelles que le partage impose aux copartageants. Il est étranger aux charges réelles qui grèvent le fonds et qui n'ont rien de commun avec la solvabilité du détenteur de l'héritage. Il

(1) Demante, t. II, p. 650, n° 555 bis I. Arrêt de rejet du 7 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 33). Comparez Demolombe, t. XII, p. 399, n° 875).

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 91 et note 12, et les autorités qui y sont citées.

(3) Arrêt de cassation du 3 avril 1865 (Dalloz, 1865, 1, 391). Tous les auteurs sont d'accord; voyez les autorités dans Aubry et Rau, t. III, p. 91 et note 11.

est certain que pour la servitude, quoique créée par l'acte de partage, il n'y avait pas lieu à privilège, toute garantie étant inutile, puisque la servitude grève le fonds et le suit dans toutes les mains où il passe. Mais la charge des frais soulève une question de solvabilité, le copartageant ou l'acquéreur pouvant être ou devenir insolvable. Le tribunal de première instance maintint l'inscription, la cour de Lyon l'annula, et son arrêt fut approuvé par la cour de cassation (1). Il y a quelque doute. La charge est réelle, dit l'arrêt de rejet, et ne saurait être confondue avec les obligations ordinaires qui naissent d'un partage et qui sont purement personnelles. Il est vrai que la charge est réelle, mais il est vrai aussi que la réalité d'une obligation qui est personnelle par sa nature n'est qu'une fiction : ce n'est pas le fonds qui fait et qui paye, c'est la personne. Or, n'est-il pas de l'essence de toute fiction d'être restreinte dans les limites pour lesquelles la loi l'a établie? La charge est réelle en ce sens qu'elle suit le fonds, et que le tiers détenteur peut s'en affranchir en abandonnant le fonds. Qu'est-ce que cela a de commun avec les obligations qui existent entre copartageants? Si le lot grevé de la charge échoit à un héritier insolvable, le lot au profit duquel la charge est établie sera en perte : dès lors il doit y avoir privilège.

245. L'article 699 consacre une conséquence de la réalité de la charge; il permet au propriétaire du fonds assujéti de s'en affranchir en abandonnant le *fonds assujéti* au propriétaire de l'héritage auquel la servitude est due. Que faut-il entendre par *fonds assujéti*? Il y a des cas où la question ne souffre aucun doute, mais aussi elle ne se présentera guère dans cette hypothèse. Une servitude de passage grève tout le fonds servant; une servitude de passage est limitée à la partie du fonds par laquelle on passe, en ce sens que le reste du fonds est libre; dans le premier cas, tout le fonds servant devra être abandonné; dans le second, la partie du fonds qui seule est assujétiée, donc encore tout le fonds servant. Mais que doit-on décider si

(1) Arrêt de rejet du 7 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 157).

une servitude de passage est établie sur un fonds sans limitation? Tout le fonds est-il assujetti, et tout le fonds doit-il être abandonné si le propriétaire veut user de la faculté que lui donne l'article 699? La question est très-controversée; on ne cite aucun arrêt, c'est donc une question de doctrine que la pratique ignore. Nous n'hésitons pas à décider que c'est le fonds servant tout entier qui devra être abandonné. Le texte est formel : il exige l'abandon du fonds *assujetti*; or, n'est-il pas de principe élémentaire que tout le fonds *servant* est *assujetti*? Vainement dit-on que les parties, par une convention expresse ou tacite, restreignent l'exercice de la servitude à une partie du fonds; cela n'empêche pas que tout le fonds reste grevé de la servitude. On invoque l'équité, on dit que le droit d'abandon sera un droit dérisoire si l'on force le propriétaire d'un fonds qui vaut dix mille francs à l'abandonner tout entier pour se débarrasser des frais qui ne s'élèvent pas à cent francs. Eh! qui veut contraindre le propriétaire à faire cette folie? C'est à lui de voir quel est son intérêt. Il s'est soumis à une charge; qu'il la remplisse! Et s'il veut s'en affranchir, qu'il se soumette aux conditions prescrites par la loi (1)!

246. Quel est l'effet de l'abandon autorisé par l'article 699? La loi le dit, c'est pour s'affranchir de la charge de faire les ouvrages nécessaires pour l'usage de la servitude que le propriétaire du fonds assujetti l'abandonne au propriétaire du fonds auquel la servitude est due. L'effet de l'abandon sera donc que le propriétaire sera affranchi de cette charge. Il le sera pour le passé aussi bien que pour l'avenir. M. Demolombe fait une singulière objection. Le maître du fonds assujetti, dit-il, était tenu de la charge comme propriétaire; or, il ne cesse d'être propriétaire qu'à partir de l'abandon; donc il devra supporter les frais pendant le temps qu'il était propriétaire. Non, il ne doit pas payer les frais en sa qualité de propriétaire; comme tel, au contraire, il ne les doit pas. Il n'en est tenu qu'en vertu

(1) Pardessus, t. II, p. 204, n° 316. Demolombe, t. XII, p. 404, n° 882. En sens contraire, Aubry et Rau, t. III, p. 90 et note 10, et les auteurs qui y sont cités.

d'une obligation qu'il a contractée, obligation dont la loi lui permet de se délier par l'abandon du fonds assujetti : une fois délié, il cesse d'être tenu (1).

Quel est l'effet de l'abandon quant à la propriété? On enseigne qu'il est translatif de propriété, d'où l'on conclut que l'acte d'abandon est soumis à la transcription. On ajoute que l'abandon ne doit pas être accepté par le propriétaire du fonds dominant (2). Il nous semble qu'il y a là une espèce de contradiction. Il ne se fait pas de translation de propriété sans un concours de volontés : peut-on devenir propriétaire malgré soi? Sans doute, pour faire l'abandon, le propriétaire du fonds assujetti n'a pas besoin du consentement du propriétaire de l'héritage dominant : il tient son droit de la loi. Mais tout ce qui résulte de cet abandon, c'est que le propriétaire qui l'a fait cesse d'être propriétaire; quant au maître du fonds dominant, il ne deviendra propriétaire que par l'acceptation de l'abandon. C'est seulement alors qu'il y aura translation de propriété et par suite nécessité de transcrire. On peut appliquer ici par analogie ce que nous avons dit ailleurs de l'abandon de la mitoyenneté (tome VII, n° 550).

247. Peut-on renoncer au droit d'abandon consacré par l'article 699? La question est controversée. Nous n'hésitons pas à décider, avec Pardessus, que la renonciation serait valable. Il est de principe que chacun peut renoncer aux droits qui sont établis en sa faveur, à moins qu'il n'y ait un motif d'ordre public qui s'y oppose. Or, dans l'espèce il s'agit de droits et d'obligations de pur intérêt privé, l'ordre public est hors de cause. On objecte que la renonciation transformerait en un service imposé à la personne une obligation que la loi n'admet qu'à titre de charge réelle. Il y a dans cette objection une singulière confusion d'idées. En principe, l'obligation de supporter les frais des ouvrages nécessaires à l'usage de la servitude est personnelle, c'est un droit de créance; la loi permet, elle présume même que la charge devient réelle si le

(1) Aubry et Rau, t. III, p. 90, note 9. En sens contraire, Demolombe, t. XII, p. 407, n° 883.

(2) Demolombe, t. XII, p. 408, nos 485 et 484.

propriétaire du fonds assujetti s'y soumet, mais certes elle ne défend pas de maintenir à cette obligation son caractère de personnalité (1).

N° 2. DES SERVITUDES ACCESSOIRES.

248. L'article 696 porte : « Quand on établit une servitude, on est censé accorder tout ce qui est nécessaire pour en user. Ainsi la servitude de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui emporte nécessairement le droit de passage. » Cette disposition, comme celle de l'article 697, est une application du principe que celui qui veut la fin veut les moyens, principe fondé sur la logique et sur l'intention des parties intéressées. La règle de l'article 696 est générale; elle s'applique non-seulement aux servitudes conventionnelles, mais aussi à celles qui sont établies par destination du père de famille ou par prescription, sauf à tenir compte des règles d'interprétation concernant le titre, la destination et la possession. Il résulte de l'article 696 qu'il y a des servitudes auxquelles le maître du fonds dominant a droit à titre d'accession, mais il ne peut les réclamer qu'à ce titre. Ainsi celui qui a le droit de puiser de l'eau à la fontaine d'autrui peut passer par le fonds servant pour puiser l'eau, mais il n'a pas le droit de passage en dehors de la servitude de puisage. Les servitudes accessoires n'existent donc que comme droits accessoires et sous la condition de la nécessité. La servitude accessoire n'étant pas due par elle-même, on ne peut pas la réclamer, si elle n'est pas indispensable pour user de la servitude principale (2).

249. Tel est le principe. L'application a donné lieu à de nombreuses difficultés. Le droit de saillie avec gouttières donne-t-il le droit de passer sur le fonds du voisin pour faire les réparations nécessaires? C'est une question de fait plutôt que de droit. Le droit de passage est-il nécessaire pour user de la servitude d'égout? Cette servitude

(1) Pardessus, t. 1^{er}, p. 160, n° 69. En sens contraire, Demolombe, t. XII, p. 403, n° 831; Aubry et Rau, t. III, p. 90 et note 8.

(2) Aubry et Rau, t. III, p. 89 et note 3, et les autorités qui y sont citées.

s'exerce, à la vérité, d'elle-même, mais elle ne se conserve que si le toit et les gouttières sont maintenus en bon état de réparation. C'est donc plutôt le cas d'appliquer l'article 697 que l'article 696; mais peu importe, puisque les deux dispositions se tiennent et sont l'application du même principe. Le cas s'est présenté devant la cour de cassation de Belgique. Elle a jugé que la nécessité du passage étant une question de fait, il appartenait par cela même au juge du fond de la décider. L'arrêt attaqué constatait que pour faire *convenablement* les réparations que l'usage de la servitude nécessitait, il fallait passer par le fonds servant. Ces termes manquaient de précision; ils peuvent être pris dans le sens de *commodément*; or, la commodité ne suffit pas, il faut la nécessité. La cour de cassation interpréta l'arrêt de la cour de Gand en ce sens, dès lors il n'y avait plus de doute sur la servitude accessoire de passage (1).

250. La servitude d'aqueduc implique-t-elle nécessairement celle de passage? Cette servitude est aussi continue, elle s'exerce donc d'elle-même. De là suit que l'on ne peut pas dire que nécessairement elle comprend le droit de passer par le fonds du voisin. C'est également une question de fait. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de cassation, le propriétaire du fonds servant ne contestait pas au propriétaire du fonds dominant le droit de veiller à l'entretien du canal et de constater les obstacles que l'écoulement des eaux rencontrait; ce qui donnait lieu accidentellement à un droit de passage. La cour de Colmar jugea que l'on ne pouvait pas aller plus loin sans créer une nouvelle servitude. Son arrêt fut maintenu par la cour de cassation (2).

Si les eaux sont transmises à l'héritage dominant par un canal qui doit être curé, le curage étant une charge et un droit tout ensemble pour le maître de cet héritage, il doit avoir la faculté de passer sur le fonds servant pour faire le curage et de déposer momentanément les terres jectisses

(1) Arrêt de rejet du 18 juillet 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 1, 67).

(2) Arrêt de rejet de la chambre civile du 18 juillet 1843 (*Dalloz*, au mot *Servitude*, n° 978).