



HAL
open science

L'usucapion en droit luxembourgeois: le fidèle reflet de ses droits Parrains

David Hiez

► **To cite this version:**

David Hiez. L'usucapion en droit luxembourgeois: le fidèle reflet de ses droits Parrains. *Annales de droit luxembourgeois*, 2024, 32, pp.117. hal-04562078

HAL Id: hal-04562078

<https://hal.science/hal-04562078>

Submitted on 28 Apr 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'usucapion en droit luxembourgeois: le fidèle reflet de ses droits

Parrains

PAR

DAVID HIEZ

PROFESSEUR DE DROIT PRIVE A L'UNIVERSITE DU LUXEMBOURG

david.hiez@uni.lu

Ce texte est le fruit d'une conférence organisée par le groupe de réflexion en droit privé luxembourgeois, conférence qui s'inscrivait dans le cadre d'un cycle de réflexions autour de la prescription¹, dont le but avoué était d'anticiper des travaux qui ont abouti au processus de modernisation du code civil². Or, si on se situe dans une posture de réforme, il faut observer que les pays cousins ont suivi des voies différentes³, En dépit de débats au niveau international sur la persistance de la pertinence de ce mécanisme avec le développement, sous diverses formes, de système d'enregistrement, les pays limitrophes n'en ont pas tiré de conséquences. La réforme française ayant conservé la place et la structure du code de 1804, là où la réforme belge a intégré la possession et son effet acquisitif dans la partie du code civil relative aux biens. Toutefois, il faut ajouter que l'avant-projet de réforme du droit français des biens de l'association Henri Capitant comporte également un rapatriement de la possession et de son effet acquisitif dans le droit des biens.

Par-delà ce contexte et les incitations opportunistes qu'il entraîne, la réflexion autour de l'usucapion doit nécessairement se situer aux plans conceptuels et techniques. Conceptuellement, tout choix sur la place de l'usucapion (terme qui mérite déjà en lui-même une discussion) implique une prise de position sur la nature de la prescription acquisitive qu'il faut bien élucider.

¹ S. Ménetrey, « La nature juridique de la prescription », *Annales de droit Luxembourgeois*, vol 29, 2019, p. 45 ;Th. Hoscheit, « Point de départ et computation de la prescription », *Annales de droit Luxembourgeois*, vol 29, 2019, p. 81.

² Arrêté grand-ducal du 15 juillet 2022 portant institution du comité de pilotage chargé d'accompagner le processus de modernisation du Code civil, *Mémorial A n° 367 de 2022*.

³ Nous n'évoquons pas la réforme allemande du droit des obligations, émanant pourtant d'un pays limitrophe, compte tenu de la distance des traditions juridiques. Pour une présentation de cette réforme au regard de la prescription : R. Zimmermann, « Réforme du droit des contrats : l'expérience allemande », in W. Dorald et O. Deshayes, *Réformer le droit des obligations et le droit des sociétés Etudes de droit français et allemand*, Editions société de législation comparée, 2013, pp. 25 s., spéc., pp. 38 s. J. Bauerreis, « Le nouveau droit de la prescription », in *Revue internationale de droit comparé*, n°54-4, 2002, pp. 1023-1031.

Techniquement, il est nécessaire de résumer les traits saillants de l'usucapion afin de déterminer si la jurisprudence luxembourgeoise a apporté des innovations importantes qui devraient être intégrées dans une réforme législative.

Toute réflexion autour de la prescription dans le code civil napoléonien, qui n'a connu que peu de modifications au Luxembourg depuis 1804, soulève inévitablement des questions de droit des biens⁴. Et ceci ne résulte pas seulement de l'intrication du droit des obligations avec toutes les branches du droit, c'est plus fondamentalement la conséquence de la présence de l'usucapion, ou prescription acquisitive, dans le titre XX De la prescription, du livre III Des différentes manières dont on acquière la propriété. Si le rapprochement dans un même titre des prescriptions acquisitive et extinctive peut se comprendre en raison du caractère central de l'écoulement du temps pour ces deux institutions, l'attraction de la possession est déjà plus difficile à justifier. Pourtant, si on entre dans le détail des dispositions et de leur application, il semble bien que les difficultés soient plus conceptuelles que pratiques.

Cette étude n'ambitionne pas de fournir une présentation exhaustive de la matière, elle est à la fois plus ambitieuse et plus modeste. Elle est plus ambitieuse car elle comporte une dimension scientifique consistant à démontrer la communauté de destin des droits luxembourgeois, belge et français, tous trois marqués par une ambiguïté conceptuelle persistante et une application concrète stable. Elle est aussi plus modeste dans la mesure où elle ne fournira, à titre introductif, qu'un rappel très succinct de la structure des solutions positives⁵. Pour résumer la matière, il suffit de dire que l'usucapion (ou prescription acquisitive⁶) consiste dans l'acquisition de la propriété par le possesseur, moyennant un certain nombre de conditions. Tout d'abord, il faut « une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire »⁷; ceci exclut les actes de tolérance ou de simple faculté⁸ aussi bien que les simples détenteurs⁹. En matière mobilière, si toutefois la règle posée à l'article 2279 du code civil ne doit pas être distingué

⁴ L'affirmation a un côté rhétorique. Il suffit d'examiner le colloque organisé par la Faculté de droit de l'Université de Rouen à la prescription pour s'en convaincre, puisqu'elle n'aborde pas du tout la prescription acquisitive : P. Courbe (dir.), *Les désordres de la prescription*, Publications de l'Université de Rouen, 2000.

⁵ Pour une présentation plus développée : M. et R. Watgen, *La propriété immobilière*, Larcier, 2013, pp. 285 s.

⁶ Voir infra pour la discussion de cette distinction.

⁷ C.civ., art. 2229.

⁸ C.civ., art. 2232.

⁹ C.civ., art. 2236.

de l'usucapion (infra), tout se passe comme si l'usucapion était instantanée¹⁰, à la seule condition que le possesseur soit de bonne foi, bonne foi qui est toujours présumée¹¹. En matière immobilière, l'usucapion est acquise après une période de trente ans, quand bien même le possesseur aurait été de mauvaise foi¹². Une prescription abrégée est toutefois possible au bout de dix ans, si le possesseur est de bonne foi et s'il dispose d'un juste titre¹³. Nous laissons délibérément de côté les questions d'interruption ou de suspension, de jonction ou d'interversion de possession. Nous verrons que, sans même ces compléments, la mise en œuvre de ces principes apparemment simples soulève un nombre significatif de difficultés concrètes.

Ces solutions ont été posées en 1804 et demeurent aujourd'hui. Pourtant, on ne peut pas exactement dire que le droit de la prescription n'a connu aucune modification. Un certain nombre de réformes sont intervenues depuis 50 ans, mais elles touchent à peu près exclusivement la question des délais, et en tous cas ne concerne en rien le cœur de l'usucapion ni même la possession.

Article	Modification/Abrogation	Texte modificateur/ abrogateur
2252 et 2253	Modification	Loi du 6 février 1975 relative au divorce par consentement mutuel et aux seconds mariages et portant modification de certaines dispositions en matière de divorce pour cause déterminée et de séparation de corps.
2254 à 2256	Abrogation	Loi du 6 février 1975 relative au divorce par consentement mutuel et aux seconds mariages et portant modification de certaines dispositions en matière de divorce pour cause déterminée et de séparation de corps.
2270	Modification	Loi du 28 décembre 1976

¹⁰ C.civ., art. 2279.

¹¹ C.civ., art. 2269.

¹² C.civ., art. 2262.

¹³ C.civ., art. 2265.

		relative aux ventes d'immeuble à construire et à l'obligation de garantie en raison de vices de construction (introduction de la responsabilité décennale des architectes et entrepreneurs).
2271, 2272, 2277	Modification	Loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.
2273	Modification	Loi du 16 déc. 2011 concernant l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une personne morale, art. II (réduction de la prescription des honoraires d'avocats).
2276	Modification	Loi du 16 décembre 2011 concernant l'exercice de la profession d'avocat sous forme d'une personne morale, art. II (réduction de la prescription pour les juges et auxiliaires de justice).
2277	Modification	loi du 24 mai 1989 sur le contrat de travail.

Cette longévité peut alternativement être analysée positivement comme le signe de la valeur des dispositions en cause, ou négativement comme celui de l'incurie du législateur luxembourgeois ; nous ne trancherons pas cette question, dont les deux appréciations peuvent se combiner. Nous porterons notre attention sur la valeur des dispositions et nous verrons qu'elles soulèvent davantage de questions théoriques que pratiques. Si on évalue l'inaction du législateur luxembourgeois par comparaison à ses voisins, là encore le constat est mitigé. Certes, tant le législateur français que

belge ont réformé la matière, mais force est de constater que ces réformes sont récentes. En France, une réforme d'envergure est intervenue en 2008¹⁴, mais la réforme a surtout concerné les règles générales de prescription et la prescription extinctive. Conscient que l'usucapion, et a fortiori la possession, se rattachait au droit des biens dont la réforme n'était pas à l'ordre du jour immédiat, les articles y relatifs ont été simplement déplacés au sein d'un nouveau titre XXI : De la possession et de la prescription acquisitive¹⁵, sans changement substantiel. L'avant-projet de réforme du droit des biens proposé depuis par l'association Henri Capitant en 2008¹⁶ va sans surprise plus loin : il réintègre usucapion et possession au livre II Des biens, pour en constituer au titre III De la propriété, de la possession et de la détention, un chapitre II De la possession et de la détention¹⁷ ; ce projet ne contient toutefois aucun bouleversement en la matière. La réforme belge est plus avancée puisque le nouveau livre III Les biens a été adoptée le 30 janvier 2020 et entrée en vigueur le 1er septembre 2021. Il fait le même choix d'intégrer à ce livre la question de la possession : titre premier dispositions générales, chapitre premier pouvoir de fait sur les biens, section 3 rôle acquisitif de la possession¹⁸. Les orientations française et belge sont assez proches, nous verrons les différences au cours des développements autant que cela sera utile.

La jurisprudence fait apparaître une relative fréquence de l'institution dans la pratique, loin des intuitions qui relègueraient le mécanisme parmi les archaïsmes. Une analyse de la jurisprudence avec les vocables « usucapion » et « prescription acquisitive » de 2010 à 2021 (Voir le tableau en annexe) a fait ressortir 46 décisions, certaines issues de mêmes affaires. L'immense majorité des décisions concerne la matière immobilière, mais il ne faut pas en tirer de conclusions sur la matière mobilière car l'application de l'article 2279 ne fait pas nécessairement apparaître les termes recherchés. L'essentiel des affaires concerne des querelles de voisinage, qu'elles apparaissent sous la forme technique de l'empiètement, du bornage, des servitudes de vue, voire dans le cadre de conflits successoraux. Mais l'emploi des termes concernés est beaucoup plus large et se retrouve dans des questions improbables, telles que la garde d'un animal, de saisie, ou d'infraction du droit des sociétés. Le mécanisme de l'usucapion est parfois strictement incident mais le plus souvent il

¹⁴ Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, JORF n°0141 du 18 juin 2008.

¹⁵ C.civ. Fr., arts. 2272-2277 pour la prescription acquisitive.

¹⁶ L'avant-projet de réforme du droit des biens : https://chairejlb.openum.ca/files/sites/38/2015/06/avant_projet_reforme_france.pdf

¹⁷ C.civ. Fr. projet, arts. 543 à 560, parmi lesquels plus particulièrement arts. 549-558.

¹⁸ C.civ. Be., arts. 3.26 à 3.29.

est explicitement discuté, et il n'est pas rare que l'usucapion soit au cœur de la résolution du litige. Il en résulte une image très vivante, qui mérite incontestablement de retenir le regard du juriste.

Les deux réformes, réalisées en Belgique ou projetées en France, proposent en tous cas tout à la fois une recomposition structurelle avec un rattachement au droit des biens et une relative stabilité des solutions, avec quelques modestes innovations. Autrement dit, les réformes entreprises sur ce point précis semblent en parfaite conformité avec notre hypothèse concernant le droit luxembourgeois actuel : il n'existe pas de discussion sur l'éventualité d'un abandon du mécanisme de l'usucapion ; les incertitudes sur la nature juridique du mécanisme se traduisent par un déplacement des textes censé apporter la précision souhaitée; quant aux solutions jurisprudentiels concrètes, elles n'appellent pas vraiment de modification substantielle. Toutefois, notre hypothèse sur le droit luxembourgeois requière d'être vérifié, ce que nous ferons en envisageant successivement La persistance des ambiguïtés conceptuelles et la portée de pure application des textes de la jurisprudence existante.

I. La persistance des ambiguïtés conceptuelles

Les ambiguïtés conceptuelles de l'usucapion se sont manifestées récemment de façon presque provocatrice par sa mise en danger par la cour européenne des droits de l'homme (A), mais elles préexistaient à cette irruption à travers les hésitations qui entouraient sa nature juridique (B).

A. Une interrogation occultée sur la pertinence du maintien de l'usucapion

Ni la France ni la Belgique ne se sont sérieusement interrogés au moment de réformer le droit de la prescription ou le droit des biens sur l'éventualité de faire disparaître cette vénérable institution ; il n'est donc pas sérieusement envisagé de la supprimer du droit luxembourgeois. Et pourtant, il nous semble que plusieurs raisons justifient qu'on s'interroge sur sa place dans le droit contemporain. Tout d'abord, il ne faudrait pas oublier que la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré dans un arrêt du 15 Novembre 2005 l'*adverse possession* contraire à l'article 1er du 1er protocole additionnel¹⁹ et que l'institution n'a été sauvée qu'en raison de la saisine de la Grande Chambre²⁰, et seulement à dix voix contre sept. A l'heure où l'influence des droits de l'homme sur le droit civil n'est plus à démontrer, l'alerte doit être prise au sérieux (1). En outre, la bureaucratisation de nos

¹⁹ Cour EDH, 15 nov. 2005, J.A. Pye (Oxford) Ltd c. Royaume-Uni, requête n° 44302/02.

²⁰ Grande Chambre CEDH, 30 août 2007, J.A. Pye (Oxford) Ltd et J.A. Pye (Oxford) Land Ltd c. Royaume-Uni, n°559.

sociétés s'est accompagnée d'une sécurisation juridique des mécanismes de publicité, au premier rang desquels la publicité foncière. Certes, le droit français se caractérise toujours comme un droit consensuel et ne connaît pas d'équivalent du titre foncier, mais l'évolution de la publicité foncière conduit nécessairement à réinterroger la fonction de l'usucapion, voire son fondement (2).

1. Alerte sur l'usucapion par sa confrontation aux droits de l'homme

C'est à propos de l'adverse possession que la cour européenne des droits de l'homme a eu à statuer sur la conformité de l'usucapion à la convention européenne des droits de l'homme. Jusque fin 1983, une société propriétaire d'un terrain le louait pour pâturage à un fermier anglais. Le bail étant à terme, la société a refusé de le renouveler en raison de son projet d'un aménagement global et de son souhait conséquent de demander un permis de construire. Un accord fut trouvé en 1984 pour permettre au fermier de couper les foins et les vendre. Fin 1984, le fermier adressa un courrier à la société pour lui demander s'il pouvait continuer de récolter les foins mais n'obtint aucune réponse. Il poursuivit donc son usage sans discontinuer ni opposition. En 1997, le fermier fit enregistrer un acte d'opposition au titre de propriété de la société par l'effet de l'*adverse possession*²¹. Cette fois la société réagit et une bataille judiciaire s'engagea. En dépit d'une brève satisfaction intermittente en appel²², la société fut déboutée tant par les premiers juges que par la House of Lords²³, la mort dans l'âme. Les opinions des juges anglais cités par la Cour de Strasbourg relèvent tous l'inéquité de la solution : l'adverse possession perd de son utilité en présence d'un titre enregistré facile à connaître ou vérifier, disproportion entre l'acquisition gratuite de 25Ha de terre au détriment d'un propriétaire inactif²⁴.

Les désormais anciens propriétaires ne se sont pas résignés et ont donc saisi la Cour de Strasbourg en alléguant une violation de l'article 1er du 1er protocole additionnel²⁵. Rappelons qu'en vertu

²¹ Pour une présentation générale de l'adverse possession : F. H. Lawson et B. Rudden, *The law of property*, Oxford University Press, 2002, pp.72-73.

²² La cour s'appuya sur la considération que le fermier n'avait pas eu l'intention nécessaire de posséder la terre.

²³ House of Lords, arrêt du 4 juillet 2002, *J A PYE (OXFORD) LTD AND OTHERS (RESPONDENTS) v. GRAHAM AND ANOTHER (APPELLANTS)*, UKHL 30.

²⁴ Cour EDH, 15 nov. 2005, *J.A. PYE (OXFORD) LTD c. ROYAUME-UNI*, préc., ns° 15, 20, 21.

²⁵ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international. Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

d'une loi anglaise de 1980 sur la prescription alors applicable tout acte de revendication n'était plus possible après douze ans de possession de fait par un tiers et que la loi de 1925 sur le cadastre disposait qu'après cette période le propriétaire légal était réputé détenir le terrain comme fiduciaire au profit de l'occupant²⁶. Ce qui nous intéresse, pour notre propos, c'est si la protection du droit de la propriété par la CEDH met en cause le mécanisme de l'usucapion. L'analyse des deux décisions de la Cour européenne conduit à distinguer deux questions, aboutissant à trois points : l'article 1er du 1er protocole additionnel s'applique-t-il ? Et si oui, faut-il raisonner en termes de privation de la propriété ou de réglementation de son usage ? La réponse à cette deuxième question entraîne une différence cruciale de régime juridique.

La réponse à la première question est finalement assez simple et a été faite semblablement par les deux formations de la Cour. En dépit de l'argument du Royaume-Uni selon lequel il conviendrait d'appliquer l'article 6-1 de la convention au lieu du 1er protocole additionnel²⁷, la chambre et la grande chambre concluent toutes deux à l'applicabilité de l'article 1er du 1er protocole additionnel, quoiqu'on dénote des nuances dans la motivation. La Grande Chambre détaille les possibles raisons de douter de cette application²⁸ pour finir par observer que « Il reste que les sociétés requérantes ont perdu la propriété de vingt-trois hectares de terres agricoles par le jeu des lois de 1925 et de 1980 »²⁹. La décision de 2005 est plus précise et pose explicitement la question de savoir si la loi sur la prescription « doit effectivement être considérée comme ayant restreint ou limité le droit de propriété au moment de l'acquisition ou si elle doit plutôt être considérée comme privant le propriétaire d'un droit qui existe au moment où les événements ont lieu et où elle prend effet. C'est uniquement dans le premier cas que l'on peut dire que l'article 1 ne s'applique pas »³⁰. La Cour relevait que la situation différait d'affaires invoquées comme des concessions pour lesquelles la loi créait un droit entaché de fragilité, alors qu'en l'espèce les lois « doivent être considérées comme «jouant» sur les droits de propriété des sociétés requérantes seulement à partir du moment où les Graham eurent occupé pendant douze ans le terrain en question »³¹. Quoiqu'il en soit, les deux décisions retiennent la même solution, ce qui n'est pas vrai pour la seconde question.

²⁶ Ibid., n°14.

²⁷ Cour EDH, 15 nov. 2005, n°35. CourEDH, 30 août 2007, préc., n°43.

²⁸ Cour EDH, 30 août 2007, préc., ns°58-62.

²⁹ Cour EDH, 30 août 2007, préc., n°63.

³⁰ Cour EDH, 15 nov. 2005, préc., n°51.

³¹ Ibid., n°52.

Rappelons que la jurisprudence de la Cour européenne distingue trois parties dans l'article 1er du 1er protocole additionnel³² : le principe général de protection de la propriété, l'hypothèse de privation de la propriété, et la réglementation de l'usage de la propriété. Les trois aspects sont complémentaires et inspirés par une même orientation mais le régime juridique du contrôle de la privation et de la réglementation de l'usage de la propriété diffèrent. La privation de propriété sans compensation est par principe disproportionnée, même s'il existe des situations particulières dans lesquelles une compensation seulement partielle est possible. L'appréciation de la proportionnalité entre l'atteinte à la propriété qui résulte de la réglementation de son usage et la justification de cette atteinte est plus souple, laissant davantage de marge d'appréciation à chaque Etat. On comprend donc que le choix entre la qualification de privation de propriété ou de réglementation de son usage est crucial ; c'est d'ailleurs la raison principale de la divergence entre les deux décisions. La première chambre de la Cour a considéré que les lois anglaises « n'emportent pas réglementation de l'usage d'un terrain ; elles se distinguent ainsi, dans leur but et dans leur effet, d'une législation sur l'aménagement du territoire, par exemple. {...} elles ont à elles deux pour conséquence, lorsque les exigences légales sont remplies, de transférer la propriété effective d'un terrain d'un particulier à un autre³³. La Grande Chambre a adopté une vue totalement opposée : « Les sociétés requérantes n'ont pas perdu leur terrain à cause d'une disposition législative qui autorisait l'Etat à en transférer la propriété dans des circonstances particulières {...} ou en raison d'une politique sociale de transfert de propriété {...}, mais par le jeu de dispositions d'application générale sur les délais de prescription fixés pour les actions en revendication de terres »³⁴. Et de poursuivre : « Les sociétés requérantes ont donc été touchées, non pas par une « privation de bien » au sens de la seconde phrase du premier alinéa de l'article 1, mais par une mesure visant à « réglementer l'usage » du terrain au sens du second alinéa de cet article »³⁵. Il faut d'ailleurs relever que les juges dissidents s'accordaient sur ce point à la majorité, en notant que « la perte de la propriété d'un bien par suite

L. Burgorgue-Larsen, *La convention européenne des droits de l'homme*, 3e éd., Lextenso, 2019, 246 s.

³² M. BEELER-SIGRON, « Protection of property », in Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn, Leo Zwaak, *Theory and practice of the European convention on human rights*, Intersentia, 5th edition, 2018, 851, spéc. p.852.

³³ Cour EDH, 15 nov. 2005, préc., 60.

³⁴ Cour EDH, 30août 2007, préc., n°65.

³⁵ Ibid., n°66.

d'une mesure législative ou d'une décision de justice, n'équivaudra pas dans tous les cas à une « privation » de biens »³⁶.

Comme le relevait pertinemment un auteur : « Il est manifeste que le juge européen des droits de l'homme a été partagé entre le heurt que le mécanisme de la prescription acquisitive semble constituer pour le droit de propriété et la révérence envers une institution aussi chargée d'histoire et présente dans l'immense majorité, sinon dans la totalité des pays membres du Conseil de l'Europe »³⁷. Il est clair en effet que la position de la Chambre en 2005 aurait constitué une bombe à retardement en obligeant à des révisions législatives dans la plupart des pays, ou aurait obligé la cour à une jurisprudence casuistique en fonction de la prise en compte ou non de la bonne foi, de l'existence d'un système de livre foncier, du délai de prescription... Pourtant, la position de la Grande Chambre écarte la question de l'indemnisation, que certains auteurs préconisent pourtant pour répondre aux iniquités les plus criantes. A rebours des apparences, il est en effet permis de se demander si la position de la grande chambre n'est pas finalement moins souple. Elle présente l'avantage de poser la question des fondements de l'usucapion afin de vérifier que le mécanisme est bien d'intérêt général, mais ensuite il conduit à décider abstraitement si l'atteinte qu'il réalise au droit de propriété est proportionnée ou non, appréciation dont il faut tirer une réponse binaire. Au reste, il est bien difficile de trancher les différents droits en conflit. Sous cet angle, on est bien tenté de donner raison à l'opinion dissidente qui conteste qu'on puisse légitimement priver un propriétaire inscrit de son droit de propriété sur le terrain pour non-usage si ce n'est dans le cadre d'une procédure bien comprise d'acquisition forcée et moyennant une juste compensation³⁸. De même, l'argument est puissant de l'absence d'intérêt légitime de l'occupant sans titre à profiter de l'aubaine³⁹ ; la motivation de l'arrêt en porte comme une trace lorsque les juges majoritaires énoncent que « ce serait certes aller trop loin que de parler des « droits acquis » d'un occupant sans

³⁶ Cour EDH, 30août 2007, préc., OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA, TSATSA-NIKOLOVSKA, GYULUMYAN ET ŠIKUTA, n°6.

³⁷ Th. Revet, note sous CourEDH, 30août 2007, préc., RTDciv., 2008, 507.

³⁸ Cour EDH, 30août 2007, préc., OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA, TSATSA-NIKOLOVSKA, GYULUMYAN ET ŠIKUTA, n°12.

³⁹ CourEDH, 30août 2007, préc., OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA, TSATSA-NIKOLOVSKA, GYULUMYAN ET ŠIKUTA, n°13.

titre pendant que court le délai de prescription »⁴⁰. Nous n'irons pas jusqu'à conclure à l'absence pure et simple d'objectif d'intérêt légitime de l'adverse possession dans cette configuration⁴¹.

La question se pose légitimement de savoir si on peut étendre le régime de l'expropriation pour cause d'utilité publique à l'usucapion dès lors qu'on l'analyserait comme une expropriation privée⁴². La transposition pure et simple semble discutable en droit interne, mais on sait tout de même que le droit luxembourgeois a étendu un mécanisme fonctionnellement voisin aux hypothèses de création de servitudes instituées par le plan directeur sectoriel ou le plan d'occupation des sols⁴³. Au niveau du droit international, si on raisonne par référence à la convention européenne des droits de l'homme, il nous semble qu'elle perd de sa pertinence. Non seulement la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est bien connue pour interpréter les notions juridiques sans égard à leur signification dans les droits nationaux, mais en outre le 1er protocole additionnel n'évoque pas l'expropriation mais la privation de propriété, ouvrant les bras à une interprétation extensive. Dans ces conditions, le débat ne nous semble pas devoir se porter sur le terrain de la possibilité ou de l'impossibilité technique.

Sur le plan éthique, il existe de solides raisons en faveur d'une indemnisation afin de rendre l'institution plus morale et juste⁴⁴. Toutefois, d'autres difficultés surgissent : l'indemnité devrait-elle être payée par l'État ou par le possesseur ? L'indemnisation par l'État pourrait conduire le propriétaire à un comportement opportuniste pour la percevoir. Quant à l'indemnisation par le possesseur, elle pourrait le contraindre à vendre le bien pour la payer. Faut-il envisager une telle indemnité dans toutes les hypothèses et comment l'évaluer ? Il ne nous semble pas qu'un mécanisme général s'impose ; il ne faut pas négliger en effet que la question a émergé dans une hypothèse d'un possesseur de mauvaise foi face à un propriétaire dont le titre était enregistré ; or il est rare que ces ingrédients soient tous réunis. On peut ainsi raisonnablement penser, sans certitude, que le délai de trente ans exigé en droit luxembourgeois pour l'usucapion en cas de mauvaise foi du possesseur serait analysé comme une garantie suffisante pour le propriétaire et que son absence d'indemnité puisse être considérée comme une sanction acceptable de son inertie prolongée. Dans

⁴⁰ Cour EDH, 30août 2007, préc., n°83.

⁴¹ Cour EDH, 30août 2007, préc., OPINION DISSIDENTE DU JUGE LOUCAIDES À LAQUELLE SE RALLIE LE JUGE KOVLER.

⁴² Y. Emerich, art. préc., spéc. pp. 487 s. L'auteur conclut d'ailleurs, par-delà les débats sur le transfert de propriété résultant ou non de la prescription acquisitive, à une équivalence au moins fonctionnelle, p. 491.

⁴³ L. 17 avril 2018 concernant l'aménagement du territoire, art. 27.

⁴⁴ Y. Emerich, art. préc., pp. 494-495

ces conditions, sans exclure la possibilité d'une affaire qui réunisse des circonstances exceptionnelles, la faiblesse du risque, alliée à un contentieux limité, nous conduit à ne pas appeler à une innovation complexe et peu utile. La généralité de l'absence de mécanisme d'indemnisation dans les hypothèses d'usucapion en droit comparé ne milite pas non plus en faveur de cette solution. En revanche, l'absence d'un tel mécanisme renforce le risque de caractère disproportionné et appelle un mécanisme de contrôle renforcé⁴⁵.

Quelle que soit la conclusion à propos de l'indemnisation du propriétaire victime de l'usucapion, l'acuité des oppositions nous conduit à réinterroger les fondements de l'usucapion afin de vérifier si cette institution vénérable continue de remplir une fonction d'intérêt général dans nos sociétés contemporaines, notamment eu égard à la généralisation de l'inscription de titre.

2. Aux fondements de l'usucapion : les incidences de la publicité foncière

L'interrogation sur l'objectif d'intérêt général de l'adverse possession oblige à reprendre une question souvent délaissée : le fondement de l'usucapion. Consacrée de façon continue depuis des millénaires, présente dans le code civil, l'usucapion est davantage commentée dans ses aspects techniques. Elle a au contraire été directement discutée du fait de la mise en danger par le raisonnement importé des droits fondamentaux. On trouve une présentation synthétique de cinq objectifs d'intérêt général à l'adverse possession sous la plume du gouvernement irlandais, intervenu devant la Cour européenne : assurer la jouissance paisible des droits de propriété, c'est-à-dire bien définir qui est le propriétaire lorsque le terrain, qu'il soit enregistré ou non, est abandonné et est occupé par un tiers ; régler les cas où des successions ab intestat ne sont pas administrées ; appliquer une politique d'utilisation des sols pour favoriser le développement économique ; clarifier la propriété pour les biens non enregistrés, et résoudre les litiges en matière de bornage⁴⁶.

La Cour adopte, quant à elle, une position plus générale: « plusieurs finalités importantes, savoir garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions, mettre les défendeurs potentiels à l'abri de plaintes tardives peut-être difficiles à contrer, et empêcher l'injustice qui pourrait se produire si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur des événements survenus loin dans le passé à partir

⁴⁵ Cour EDH, 30août 2007, préc., OPINION DISSIDENTE COMMUNE AUX JUGES ROZAKIS, BRATZA, TSATSANIKOLOVSKA, GYULUMYAN ET ŠIKUTA, n°16.

⁴⁶ Cour EDH, 30août 2007, préc., n°50.

d'éléments de preuve auxquels on ne pourrait plus ajouter foi et qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁴⁷. L'affirmation est tirée d'une affaire en matière de prescription de réparation de préjudice corporel, mais la Cour avalise la transposition à l'usucapion⁴⁸.

Même si la doctrine francophone ne s'intéresse pas beaucoup à ces fondements, certains auteurs en rappellent tout de même les traits saillants. Ainsi, le traité de droit civil dirigé par Jacques Ghestin résume les justifications de la doctrine classique : injustice de protéger le possesseur, surtout de mauvaise foi contre le propriétaire, souhait économique de favoriser l'exploitant dynamique au détriment du propriétaire négligent, utilité sociale de cristalliser les situations de fait durablement établies afin d'éviter d'éternelles contestations ou une perpétuelle incertitude de l'apparence. « Institution d'ordre social destinée à résorber, avec le temps, les conflits éventuels entre possession et propriété, en faisant coïncider le fait et le droit »⁴⁹. Mais ce rappel n'est pas un simple copier-coller de manuels antérieurs, les auteurs situent l'usucapion dans l'évolution plus globale de la propriété, qui a fondamentalement modifié les fonctions concrètes remplies par le vieux mécanisme. « Il ne s'agit, le plus souvent, que de délimiter les propriétés et de trancher des empiètements et non de statuer sur l'acquisition d'immeubles entiers »⁵⁰. La jurisprudence luxembourgeoise semble se situer dans la perspective classique, on retrouve en tous cas sous sa plume récente une justification très traditionnelle : « motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable »⁵¹.

Le constat de l'évolution des fonctions concrètes de l'usucapion⁵², doit être mis en parallèle avec le développement de la publicité foncière, et l'opposition continuellement rappelée dans l'affaire de l'adverse possession entre réglementation de l'usage des propriétés enregistrées et non enregistrées est exactement dans le même sens. Il n'est pas inutile à cet égard de se référer au droit allemand, parangon des systèmes de propriété foncière fondée sur l'enregistrement. Or l'usucapion en matière immobilière n'est pas inconnue en droit allemand mais elle obéit à un régime original⁵³. Quoique

⁴⁷ Cour EDH, 30août 2007, préc., n°68.

⁴⁸ Cour EDH, 30août 2007, préc., n°69.

⁴⁹ Bergel, n°198. Voir également F. Zenati et Th. Revet, op. cit., n°450.

⁵⁰ Bergel, n°198.

⁵¹ Cour d'appel 23 mars 2016, Pas. 38, p. 34.

⁵² A mettre en parallèle avec l'approche quantitative de la jurisprudence luxembourgeoise : voir infra.

⁵³ H. Stoll, « Droit des biens », in M. Fromont et A. Rieg (dir.), *Introduction au droit allemand tome 3 Droit privé*, Cujas, 1997, spéc. p.154. Adverse possession, Report by the British Institute of International and Comparative Law for Her Majesty's Court

dans tous les cas l'usucapion suppose l'écoulement d'un délai de trente ans, une distinction s'opère selon que le possesseur est ou non enregistré sur le livre foncier en qualité de propriétaire. Dans le premier cas ⁵⁴, la possession en qualité de propriétaire lui fera acquérir cette propriété, quelle que soit sa bonne foi. Dans le second cas ⁵⁵, l'usucapion est subordonnée à une procédure d'avis public : celle-ci ne peut intervenir que si la personne enregistrée dans le livre foncier est décédée ou absente ; le possesseur qui dans ces conditions obtient l'ordre d'exclusion obtient la propriété par son enregistrement sur le livre foncier. Autrement dit, l'existence d'un livre foncier n'a pas fait disparaître l'usucapion, mais le moins qu'on puisse dire est qu'il occupe dans ce système une place marginale : il peut efficacement conforter une inscription discutable, mais lorsqu'il s'oppose à l'inscription il n'est admis que dans des cas très limités. L'exemple allemand constitue donc plutôt une confirmation de la remise en cause du mécanisme comme institution autonome d'acquisition de la propriété.

A vrai dire, il ne faut pas perdre de vue que la cour européenne n'a pas eu à statuer sur l'usucapion pris globalement mais sur une affaire bien précise liée à l'*adverse possession* réalisée par un possesseur de mauvaise foi. D'ailleurs, il n'est pas sûr qu'on puisse parler d'usucapion pris globalement, tant les réglementations nationales varient. Et si on s'en tient au droit napoléonien, il opère une distinction radicale au regard de cette bonne foi en subordonnant l'acquisition de la propriété par le possesseur de mauvaise foi à une prescription trentenaire ⁵⁶ et en réservant l'usucapion décennale à la double condition de la bonne foi et du juste titre ⁵⁷. La réforme belge récente n'a rien changé en substance à cet équilibre ⁵⁸, l'abandon de l'exigence du juste titre se compensant par l'extension de la bonne foi exigée ⁵⁹.

Pourtant, l'adoption d'un système fondé sur l'enregistrement foncier ne signifie pas automatiquement abandon de l'usucapion comme mécanisme autonome d'acquisition de la propriété. L'exemple australien en fournit une excellente illustration. L'illustration est pertinente,

Service, pp.9-10. Mentionnons encore, qui fait une place au droit allemand : Ch. Larroumet et B. Mallet-Bricout, *Les biens, Droits réels principaux*, 2019, Economica, 6e éd, spéc. n°639.

⁵⁴ BGB, §900.

⁵⁵ BGB, §927.

⁵⁶ C.civ., art. 2262.

⁵⁷ C.civ., art. 2265.

⁵⁸ C.civ. Be., art.3.27.

⁵⁹ M. Bernard, « La réforme 2020 du droit des biens - La modernisation dans la continuité (première partie) », JT, 2020, 413, spéc. n°8.

puisque c'est là qu'a pris naissance le système Torrens⁶⁰, modèle du développement de l'enregistrement de la propriété immobilière dans les pays de common law. On y trouve en effet l'exemple d'Etats (comme la Nouvelle Galle du Sud) ayant maintenu ou réintroduit une possibilité d'adverse possession en dépit de l'enregistrement de la propriété foncière, principalement en raison du nombre de terres abandonnées et de la survivance d'une culture des transactions informelles⁶¹.

Les justifications fournies par le gouvernement irlandais nous semblent les plus précises et recouvrent celles que nous avons citées de la cour européenne comme de la doctrine française. Retenons-les donc pour évaluer à cette aune la prescription acquisitive napoléonienne : 1. occupation par un tiers d'un immeuble abandonné, 2. succession *ab intestat* non réglée, 3. politique d'utilisation des terres favorisant le développement économique, 4. propriété non enregistrée, 5. bornage.

La cinquième justification doit être reformulée ; le terme de bornage est problématique dans la mesure où il existe une action en bornage qui pourrait bien être incompatible avec l'usucapion ; la chose est toutefois plus exacte que le mot et les auteurs français que nous citons évoquent eux aussi le départage délimitation. La deuxième succession *ab intestat* est inadaptée, dans la mesure où le droit napoléonien connaît un mécanisme de retour à l'Etat des successions anormales⁶². La quatrième hypothèse des immeubles non enregistrés est très improbable, car si la publicité foncière n'est pas en elle-même un mode d'appropriation, sa réalisation est pratiquement garantie par la responsabilité du notaire officier public qui n'aurait pas recherché une telle publicité. Nous émettons de sérieux doutes quant à l'idée d'une politique de développement économique. Certes, le XIXème siècle manifestait une certaine réticence à l'égard des biens de main morte, mais c'est sans doute l'une des rares orientations qu'on pourrait invoquer au soutien d'une telle orientation étatique; on connaît les réticences à l'égard de la réquisition des logements inoccupés, et, en dépit des théories sur la propriété fonction sociale, la jurisprudence a très majoritairement refusé de qualifier d'abus de droit les oppositions par des propriétaires à des demandes d'aménagement économiquement utiles aux locataires⁶³. Il ne reste donc que la résolution des conflits entre propriétaire et occupant sans titre et départage des délimitations de voisinage. Or à ces deux titres il faut fondamentalement distinguer le cas du possesseur de bonne ou de mauvaise foi. La justification

⁶⁰ C. Davies, *Property law Guidebook*, Oxford University Press (Australia), 2015, pp. 83 s.

⁶¹ Y. Emerich, art. préc., spéc. pp.485-486.

⁶² C.civ., art. 539.

⁶³ Ch. Jamin, « Typologie des théories juridiques de l'abus de droit », *Revue Concurrence Consommation*, 1996, n°92, p.13.

de l'effet acquisitif de la possession dans notre système ne tient peut-être pas aux raisons techniques qu'invoquait Thierry Revet, raisons qui au reste reposent sur une conception de la propriété qui n'est pas unanimement partagée. La justification la plus forte de notre usucapion est bien plus prosaïquement son caractère totalement subordonné : si on excepte le cas du possesseur de bonne foi, qui peut faire valoir un droit légitime à la protection, le modèle du squatter de l'adverse possession devra attendre trente ans; or il est vraisemblable que la longueur du délai conduirait la cour européenne à y voir un fondement suffisant pour déclarer la privation de propriété proportionnée.

La position du droit luxembourgeois, en parfaite cohérence avec le droit napoléonien au sein duquel il s'inscrit, conforte la pertinence du mécanisme de l'usucapion, quand bien même ses fonctions auraient évolué. Chacun sait que la publicité foncière n'est pas l'équivalent du livre foncier allemand, et notamment elle ne produit d'effet qu'à l'égard des tiers au contrat qui opère le transfert de propriété⁶⁴; autrement dit, elle n'a aucun caractère constitutif mais remplit une fonction d'opposabilité. Il en résulte que l'inscription n'équivaut pas non plus à l'enregistrement du titre du droit anglais, quand bien même l'inscription au registre des hypothèques présente un caractère obligatoire, et que son absence est même susceptible d'engager la responsabilité du notaire qui a instrumenté l'acte translatif. Cette appréciation se trouve renforcée si on passe du registre des hypothèques au cadastre et, sans conteste, la possession l'emporte sur le cadastre⁶⁵, quoiqu'en l'absence de possession capable de fonder l'appropriation, les énonciations de ce dernier « fournissent des éléments d'appréciation sûrs qui doivent emporter la décision du juge »⁶⁶. On peut aisément trouver dans cette veine la confirmation de l'utilité de l'usucapion comme mode d'appropriation immobilière.

L'institution de l'usucapion une fois sauvegardée dans son principe, il appartient d'en déterminer la nature juridique.

B. Des incertitudes persistantes sur la nature juridique du mécanisme

Au commencement était l'usucapion, et le passage à la prescription acquisitive s'est faite si tôt que l'évolution est même sortie des mémoires (A). Les débats se sont donc concentrés sur le lien entre

⁶⁴ L. 25 sept. 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers, mémorial A n°63 de 1905, art. 11.

⁶⁵ T.arr. Lux., 18 mars 1931, Pas. 13, p.531.

⁶⁶ Cour supérieure de justice (appel civil), 1^{er} juin 1927, Pas.11, p.296.

prescription acquisitive et prescription extinctive (2). Or sur ces deux aspects, des incertitudes demeurent.

1. Assimilation tacite entre usucapion et prescription acquisitive

Qu'on doive raisonner en termes de prescription, voilà qui n'est pas douteux à la lecture des textes du code civil : non seulement ils se situent dans la partie du code civil concernant les obligations, mais plus encore ils emploient de façon répétée les vocables de la prescription ; la structuration des textes ne fait même pas apparaître de distinction entre prescription acquisitive et extinctive. Dans le même temps, il y a un attachement au terme d'usucapion que le code n'emploie pas. On en trouve la trace en jurisprudence qui utilise parfois le mot ⁶⁷. Pourtant, originellement, usucapion et prescription acquisitive ont des fondements et des domaines différents en droit romain ⁶⁸.

A suivre les spécialistes ⁶⁹, le mécanisme d'origine consiste dans l'usucapion ⁷⁰, avec pour but de sécuriser des situations dans lesquelles les formes requises pour le transfert de propriété n'avaient pas été respectées ; en ce cas, l'acquéreur se voyait reconnaître la propriété, après un délai d'un an en matière mobilière et de deux ans en matière immobilière. La solution était en revanche très limitée dans son domaine, que ce soit parce qu'elle était réservée aux seuls romains, ou parce qu'elles ne concernaient que certaines catégories de biens faisant l'objet de transferts formalistes qui faisaient courir le risque d'insécurité. S'est ensuite développé un autre mécanisme, beaucoup plus général, consistant dans une prescription, mais absolument pas une prescription acquisitive ⁷¹. Au lieu d'être circonscrite comme l'usucapion à un problème technique très précis, la prescription était destinée à sanctionner un propriétaire faisant preuve d'incurie sur ses biens ; en ce cas en effet, si une personne prenait possession de ce bien, elle se trouvait protégée du propriétaire inactif auquel elle pouvait opposer cette prescription pour lui interdire de faire valoir sa propriété. Toutefois, ce possesseur n'acquerrait pas la propriété, pas plus que le propriétaire ne perdait la sienne. Ainsi, si pour une raison quelconque le possesseur était dépossédé par un tiers, le propriétaire pouvait valablement revendiquer la chose entre ses mains.

⁶⁷ Cour d'appel 6 mai 1998, Pas. 31, p. 37.

⁶⁸ J.-L. Halpérin, *Histoire du droit des biens*, Economica, 2008, p. 31.

⁶⁹ Les limites de notre compétence en histoire du droit ne nous permettent pas de proposer une étude de première main.

⁷⁰ P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé : les biens*, PUF, 1969, n°48, ns° 159 s. spéc. 161.

⁷¹ P. Ourliac et J. de Malafosse, op. cit., ns° 164 s.

Le droit franc ne connaissait pas davantage de prescription acquisitive, et le droit octroyé à l'occupant d'un terrain au sein d'une communauté au bout d'un an un jour était le résultat de l'absence d'opposition dans la communauté qui lui faisait perdre tout droit⁷². On sait que le droit anglais des biens a fondamentalement conservé la structure médiévale ; le constat se fait aussi à propos de la prescription⁷³. Aujourd'hui encore, on enseigne que l'*adverse possession* est un équivalent fonctionnel de l'usucapion mais son fondement technique en est bien différent. Il consiste en effet dans le caractère essentiellement limité des droits, y compris du droit de propriété : faute d'être exercée durant douze années, l'action du propriétaire pour voir protéger son droit n'est plus à même de prévaloir contre celui qui a possédé durant cette période⁷⁴. Une manifestation technique de cette différence se révèle dans le fait que l'*animus* requis du possesseur pour réaliser l'*adverse possession* est un *animus possedandi*⁷⁵.

Ces précisions ont toutefois perdu de leur importance aujourd'hui en droit napoléonien puisque l'assimilation entre usucapion et prescription acquisitive est devenue un lieu commun. On la retrouve en effet sous la plume de tous les auteurs⁷⁶. Seuls de rares auteurs relèvent la distinction originelle, tout en admettant que les deux notions ont fini par se confondre⁷⁷. Il n'en va pas de même de la distinction des prescriptions acquisitive et extinctive.

2. Distinctions contestées entre prescription acquisitive et extinctive

L'interrogation sur le caractère unitaire ou dual de la prescription est fondamentale, puisqu'elle touche à la nature même de la prescription. Les réformes contemporaines ne s'y sont toutefois pas concentrées, quoique leurs orientations fournissent implicitement mais nécessairement des réponses aux grandes interrogations.

⁷² P. Ourliac et J. de Malafosse, op. cit., n°195.

⁷³ Ibid., n°126.

⁷⁴ Y. Emerich, « Comparative overview on the transformative effect of acquisitive prescription and adverse possession: morality, legitimacy, justice », RID comp., 2/2015, 67-2, pp. 459-496, spéc. pp. 466 s.

⁷⁵ Ibid., p.467.

⁷⁶ B. Starck, H. Roland et L. Boyé, *Droit civil Les obligations 3. Régime général*, Litec, 6e éd., 1999, n° 355. Ph. Delebecq et F.-J. Pansier, *Droit des obligations Régime général*, Litec, 2e éd., 2002, n°412. I. Durand, *Droit des biens*, Larcier, 2017, p. 130. W. Dross, *Droit des biens*, Montchrestien, 2012, n°268. F. Terré, *Droit civil Les biens*, Dalloz, 2002, n°65 p.77. M. et R. Watgen, *La propriété immobilière*, Larcier, 2013, pp. 285 s.

⁷⁷ F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, n°470.

Le premier débat autour de la nature de la prescription porte sur l'objet de la prescription : s'agit-il du droit ou de l'action ? Nous verrons que cette question ne peut être totalement dissociée de celle de l'unité ou de la dualité, mais il convient de la résumer d'abord pour elle-même. L'hésitation est aussi simple que délicate à trancher : l'écoulement du temps a-t-il un effet sur la substance du droit subjectif ou bien sur l'action par laquelle celui-ci est mis en mouvement ? S'agissant de prescription extinctive, on sait par exemple que l'obligation prescrite est souvent qualifiée d'obligation civile avortée et qu'elle est à ce titre considérée comme obligation naturelle ⁷⁸ ; ceci n'est vrai que pour autant que la prescription a atteint l'obligation elle-même, autrement dit le droit subjectif ; l'analyse serait toute autre si on considère que la prescription laisse subsister la substance de l'obligation mais fait disparaître l'action du créancier. Or il a été observé que la législation était contradictoire sur ce point ⁷⁹. La contradiction se repère à tous les niveaux, y compris au sein du code civil, mais elle est peut-être la plus patente si on compare les articles 2219 et 2262 du code civil et. Aux termes du premier en effet, la prescription consiste dans un « moyen d'acquérir ou de se libérer par un certain laps de temps ». Or il n'est pas douteux qu'on ne peut acquérir ou se libérer que d'un droit subjectif et non d'une action. Aux termes du second, les actions se prescrivent par trente ans, ce qui signifierait que la prescription porte bien sur les actions. La question est conceptuellement très sérieuse, mais ses intérêts pratiques sont limités, notamment en raison de la réglementation détaillée de la prescription, et il faut relever que la réforme française de la matière, quoique globale, n'a pas tranché ⁸⁰. Les nouvelles dispositions affirment tout à la fois que la prescription est « un mode d'extinction d'un droit »⁸¹ et qui attribue l'action comme objet à la prescription ⁸², mais ceci ne vaut plus que pour la prescription extinctive désormais distinguée de la prescription acquisitive, celle-ci ayant clairement pour objet un bien ou un droit ⁸³.

Ceci nous amène directement à la théorie dualiste. Celle-ci s'est constituée au cours du 19^{ème} siècle, notamment sous l'influence d'Aubry et Rau ⁸⁴, sur la base d'une critique du code civil, et demeure dominante aujourd'hui ⁸⁵. Cette analyse n'était toutefois pas révolutionnaire ; elle pouvait

⁷⁸J. Carbonnier, *Droit civil*, 2000, LGDJ, pp.26.

⁷⁹ Pour un exposé extensif : F. Hage Chahine, *Contribution à la théorie générale de la prescription en droit civil*, Les cours de droit, 1987, pp. 27 s.

⁸⁰ D. Mazeaud et R. Wintgen, « La prescription extinctive dans les codifications savantes », *D.*, 2008, 2523, n° 4.

⁸¹ C.civ., art. 2219.

⁸² C.civ., art. 2224.

⁸³ C.civ., art. 2258.

⁸⁴ S. Fournier *Essai sur la notion de prescription en matière civile*, thèse Grenoble, 1992, pp. 14 s.

⁸⁵ J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin Les biens*, LGDJ, 1999, n°198.

au contraire se réclamer de Pothier, dont l'autorité est difficilement contestable. Or celui-ci les envisageait de façon totalement distincte, considérant qu'elle n'avait de commun que le nom⁸⁶. Dans cette conception, la seule unité tient à l'écoulement du temps, qui à lui seul ne peut produire d'effet juridique. Il se complète donc de la possession ou de l'inaction du titulaire d'un droit, dont on voit bien que le premier fait acquérir ce qui est possédé et la seconde fait perdre le droit inemployé. Mais les différences entre les deux prescriptions sont surtout techniques. Tout d'abord, leur domaine serait différent ; la prescription acquisitive se déploierait avant tout sur les droits réels tandis que la prescription extinctive s'appliquerait à tous les droits, réels mais aussi et surtout personnels. Une exception bien connue doit être faite pour la propriété, dont on sait qu'elle ne se perd pas par son non-usage. Il convient toutefois d'affiner l'analyse et les discussions précises sont variées. On sait ainsi que certains droits personnels sont imprescriptibles, tels que ceux attachés à l'état des personnes⁸⁷, tout comme les facultés⁸⁸. Inversement, la prescription acquisitive ne trouve qu'une application très restreinte en matière de propriété mobilière puisque l'article 2279 constitue un mode d'acquisition de la propriété *ab initio*. De même, l'application aux biens incorporels s'est longtemps opposée aux difficultés à concevoir leur possession. Pour finir, la loi elle-même exclut la prescription acquisitive en matière de servitude qui ne sont pas publiques et apparentes⁸⁹. Les deux domaines ne sont donc pas seulement différents mais pour l'essentiel ne se recouvrent pas.

Le régime juridique des prescriptions connaîtrait davantage de règles communes, que ce soit bien-sûr pour la computation des délais, mais aussi les évènements qui en affectent le cours. Suspension et interruption s'appliqueraient donc à l'une et l'autre des prescriptions, mais les textes nécessiteraient parfois des applications distributives malgré le silence de la loi : l'interruption naturelle de l'article 2243 ne concerne que la prescription acquisitive puisque son caractère naturel n'est compatible qu'avec la possession ; la saisie de l'article 2244 ne pourrait inversement s'appliquer qu'à l'interruption de la prescription extinctive. Le point de départ de la prescription est elle aussi différente.

Cette conception nous est tellement familière qu'elle nous apparaîtrait presque naturelle. On ne s'étonnera donc pas qu'on en retrouve la trace chez Pescatore. Il envisage en effet de façon

⁸⁶ Cité part S. Fournier, op. cit., n° 85, note 221.

⁸⁷ Cour d'appel, 28 octobre 2015, Pas., 37, 2016/2, pp. 611-615.

⁸⁸ A propos du droit de rendre le mur mitoyen : Cour d'appel, 31 octobre 1872, Pas., 1, p. 197. Pour le droit de réclamer un passage à titre d'enclave : Cour d'appel, 28 octobre 1975, Pas., 23, p. 294.

⁸⁹ C.civ., art. 691.

autonome la « prescription acquisitive », au titre la « création de droits en vertu de faits juridiques »⁹⁰ et la « prescription libératoire », au titre de l'extinction de droits »⁹¹.

Cette théorie ne s'impose pourtant pas et de brillants auteurs⁹² l'ont contestée. Ils disposent d'ailleurs d'un appui solide, puisque c'est l'une des matières pour lesquelles les thèses de Potiers n'ont pas été consacrées par le code civil. Celui-ci envisage la prescription dans un titre unique, au sein duquel il n'opère aucune distinction entre prescription acquisitive et extinctive. Sous cet angle, il est incontestable que la doctrine classique opère une lecture totalement biaisée du code, dans le sens où elle procède du présupposé que la prescription est duale et que son traitement unitaire est sinon erroné du moins superficiel ; elle ne cherche en rien à tirer toutes conséquences possibles du choix opéré par le code. En allant plus loin, les auteurs critiques de la théorie classique dualiste contestent que l'histoire apporte un fondement réel à la distinction. Pour eux en effet, si usucapion et prescription se distinguaient dans l'ancien droit romain, ils ont progressivement été unifiés, et le phénomène s'est reproduit au moyen-âge en dépit de la séparation première d'avec les sources germaniques⁹³. Déjà M. Hage Chahine avait réalisé une étude globale de la prescription, englobant ces deux facettes, et fourni un fondement unique ainsi qu'un régime essentiellement homogène, mais les auteurs précités sont allés beaucoup plus loin dans la systématisation de l'unité. M. Hage Chahine retient une fonction unique (« la transformation d'un fait en droit »⁹⁴), d'un même fondement (« la réalisation de l'homme en tant qu'être social »⁹⁵), et cinq conditions identiques pour que la prescription opère (un droit prescriptible, l'existence d'un germe de droit, un délai, une action en justice du prescrit, et la position de défendeur occupée par le prescriptionnaire)⁹⁶.

La nouveauté de la théorie est intimement liée à la reconstruction de la notion de propriété par Frédéric Zenati et ses incidences tant sur la possession que sur la catégorisation des droits et des biens. Il serait trop long même de résumer cette théorie et nous nous contentons de rappeler les conséquences saillantes qui en sont tirées à propos de la prescription. Partant de la contestation que la prescription soit, dans la prescription extinctive des droits réels sur la chose d'autrui, la sanction

⁹⁰ P. Pescatore, Introduction à la science du droit, p. 281.

⁹¹ *ibid.*, p. 287.

⁹² C'est particulièrement le cas de Frédéric Zenati et Thierry Revet, auxquels il faut ajouter la thèse de Mme Fournier précitée.

⁹³ S. Fournier, *op. cit.*, pp. 70 s.

⁹⁴ Hage Chahine, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁵ *Ibid.*

⁹⁶ *Ibid.*, pp. 74 s.

de l'inaction du propriétaire des droits réels mais plutôt de la possession de ces droits par le propriétaire du fond grevé. Et il en va de même dans la prescription extinctive des droits personnels : celle-ci est le résultat de la prise de possession de la créance par le débiteur (qui se comporte comme s'il en était propriétaire)⁹⁷. Cette forte analyse se présente toutefois moins comme une remise en cause des solutions admises que comme une explication plus satisfaisante⁹⁸. De fait, la doctrine n'a pas été bouleversée par cette proposition.

Face à ces débats, les réformes française et belge apparaissent mesurées. A première vue, la thèse dualiste classique l'a emporté, puisque dans les deux législations l'unité du titre XX du code civil a été abandonnée. En droit belge, l'usucapion est dorénavant régie par les articles 3.26 à 3.29 du code civil, situés dans le livre sur les biens. La réforme française est moins aboutie puisque l'usucapion demeure réglée à la suite de la prescription extinctive, aux articles 2272 à 2277, mais ceci résulte principalement de l'absence de réforme du droit des biens ; en tous cas, le projet de réforme de cette partie du code civil contient également une incorporation de l'usucapion. Et pourtant, cette séparation plus nette des deux prescriptions ne signifie pas une coupure. En effet, les textes nouveaux ou projetés établissent des renvois au droit de la prescription extinctive. Ainsi, le code civil belge opère une référence à la l'interruption et la suspension⁹⁹. De son côté, le projet de réforme français renvoie aux dispositions applicables à la prescription extinctive en ce qui concerne l'exclusion des délais de forclusion, la loi applicable, le cours de la prescription et et les conditions de la prescription¹⁰⁰. Dans le détail, les différences entre droits belge et français tiennent surtout à des différences d'organisation législative plus qu'à des différences de fond. En tous cas, il en résulte que le régime de droit commun de la prescription consiste dans la prescription extinctive, l'usucapion apparaissant comme une forme particulière. Ceci est l'exact contre-pied de la théorie de Frédéric Zenati, qui voyait dans l'acquisition le fondement général de la prescription. Il semble bien toutefois que cette opposition n'a pas une origine technique mais plutôt sociologique : le phénomène le plus fréquent dans nos sociétés consiste dans la prescription extinctive des droits personnels ou des actions, tandis que l'usucapion revêt un caractère exceptionnel.

⁹⁷ F. Zenati et Th. Revet, *Les biens*, PUF, 2008, 3e éd., n° 460. Pour une analyse plus fouillée : S. Fournier, op. cit., pp. 127 s.

⁹⁸ Mme Fournier va même jusqu'à concéder la supériorité pédagogique de la théorie dualiste et son maintien didactique, op. cit., p.p. 318.

⁹⁹ C.civ. Be., art. 3.27.

¹⁰⁰ C.civ. Fr. projet, art. 553.

Il ne faut pas surinterpréter les décisions de justice et il serait téméraire d'en extraire des positions doctrinales, surtout lorsque les enjeux pratiques sont limités. Quoiqu'il en soit, cette conception dualiste modérée semble parfaitement compatible avec la jurisprudence luxembourgeoise, dont on peut citer un extrait récent : « La prescription acquisitive, encore appelée usucapion, est un mode d'acquisition des droits par la possession qu'on en a. Elle provoque l'éviction du titulaire antérieur du droit. Elle n'a ni pour objet ni pour effet de priver une personne de son droit de propriété ou d'en limiter l'exercice mais confère au possesseur, sous certaines conditions, et par l'écoulement du temps, un titre de propriété correspondant à la situation de fait qui n'a pas été contestée dans un certain délai. Cette institution répond à un motif d'intérêt général de sécurité juridique en faisant correspondre le droit de propriété à une situation de fait durable, caractérisée par une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire. » ¹⁰¹

II. Des décisions jurisprudentiels d'application concrète

Cette seconde partie sera très différente de la précédente, tant par sa méthode que par son objet. Il s'agit en effet ici d'examiner la jurisprudence rendue au Grand-Duché à propos de la prescription acquisitive, afin de vérifier si celle-ci a réalisé des innovations significatives, ce qui pourrait avoir des conséquences sur une éventuelle réforme.

Notre étude se base sur deux sources. D'une part, la Pasicrisie, par le recensement de toutes les décisions référencées au code civil Pasicrisie sous les articles qui touchent à la prescription, dont nous avons isolés tout ce qui se rattache à l'usucapion ; il s'agit de seize décisions. Ensuite, nous avons opéré une recherche systématique sur le site justice-publique.lu ¹⁰². Compte tenu du temps limité dont nous disposons, nous avons limité la recherche aux années 2010 à 2020, avec les mots clefs suivants : prescription acquisitive, usucapion, et 2279 ; les résultats obtenus ont été apurés par une lecture systématique et seules les décisions faisant effectivement apparaître une hypothèse pertinente ont été retenues. Ces deux sources sont complémentaires.

Nous ne tirerons aucune conclusion fine sur l'importance proportionnelle du contentieux. Le contentieux faisant apparaître une question de prescription acquisitive est modeste mais loin d'être inexistant. La question est évidemment concentrée en matière civile mais on la trouve devant toutes les juridictions, à l'exception de la cour constitutionnelle. Ensuite, sans surprise, il n'y a pas de

¹⁰¹ Cour d'appel 23 mars 2016, Pas. 38, p. 34.

¹⁰² Le moteur de recherche a ses limites. Il ne comporte à ce titre pas toutes les décisions publiées à la Pasicrisie.

contentieux concernant la prescription acquisitive mobilière, en dehors de l'article 2279 qui ne constitue pas une forme d'usucapion ; nous y reviendrons. S'agissant donc de la prescription immobilière, deux types de contentieux rassemblent l'essentiel des décisions : les conflits d'empiètement et les querelles occasionnés par un partage ; on notera la présence résiduelle de litiges à propos de servitudes qu'on cherche à résoudre par la prescription.

Pour revenir au contenu de la jurisprudence, qui reste le cœur de cette deuxième partie, Nous tâcherons de montrer qu'elle n'a pas fait d'apports considérables aux textes du code civil, que les juges ont surtout procédé à l'application des textes, certes pas de façon mécanique, mais pour résoudre les difficultés inhérentes à cette matière complexe. Ce travail s'est fait principalement dans deux directions : d'un côté l'explicitation des caractères requis de la possession pour que l'usucapion produise ses effets, de l'autre la détermination de la place du juste titre.

A. Les caractères requis de la possession

Il n'y a pas loin de l'usucapion à la possession, et il est parfois difficile de les séparer. Nous ne nous intéresserons pas à la possession pour elle-même, mais dans sa fonction de condition pour déclencher l'usucapion. La jurisprudence ne présente d'ailleurs pas de grande originalité dans la définition de la possession, en relevant classiquement la conjonction de deux éléments matériel et intentionnel¹⁰³. Pourtant, peut-être plus pour des raisons pratiques que théoriques, les juges laissent parfois affleurer une préférence accordée à l'élément matériel : « L'élément intentionnel de la possession est la volonté de posséder la chose pour soi et à titre de propriétaire ; il est toujours présumé, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre ¹⁰⁴. De cette présomption il découle que l'élément intentionnel n'a pas à être spécialement caractérisé dès lors que l'élément matériel est établi » ¹⁰⁵.

Or sous cet angle ce sont les divers caractères requis de la possession qui sont appréciés. Encore faut-il préciser que les caractères requis ne sont pas discutés, aucune contestation n'a lieu à propos de la liste de l'article 2229 : « continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque ». Nous allons donc seulement présenter les caractères qui ont donné lieu à jurisprudence.

¹⁰³ En explicitant : « La possession s'acquière par la mainmise sur la chose, inspirée par la volonté d'exercer sur elle un tel droit » (Cour d'appel, 6 mai 1998, Pas. 31, p. 37.).

¹⁰⁴ C. civ., art. 2256.

¹⁰⁵ T.arr. 6 mars 2018, 153.146 et 178.000.

Avant même l'examen de ces caractères, il convient de mentionner les situations factuelles qui ne constituent pas une véritable possession. Il en est ainsi de l'usage individuel des biens communaux (dépôt de divers objets sur la place située devant une propriété individuelle), cet usage ne constituant qu'une tolérance entre communistes, non constitutive de possession¹⁰⁶. On relève d'autres exemples de situations analysées en simples tolérances¹⁰⁷ : « des faits isolés de remisage de voitures, dépôt de bois etc., l'érection d'un reposoir lors d'une procession, la pose d'un tuyau d'égout et le déversement des eaux pluviales et ménagères »¹⁰⁸ ; « le passage du public sur un chemin, fût-il immémorial »¹⁰⁹.

Il est permis de mettre en parallèle cette décision avec le cas de l'usage qu'un indivisaire fait du bien indivis. On notera à ce propos que la jurisprudence n'excluait pas la possession dans cette hypothèse au 19^{ème} siècle¹¹⁰. Cette possibilité déjà étroite semble s'être encore rétrécie par le jeu des indemnités d'occupation¹¹¹. Pourtant, il demeure admis qu'un indivisaire usucape une partie du terrain, dès lors qu'il en a été possesseur à titre de propriétaire¹¹². Mais on peut aussi inclure dans cette veine le refus légitime des juges de tirer de l'exercice d'une servitude de passage l'existence d'une possession de nature à faire acquérir la propriété. « Les actes de pure faculté et de simple tolérance, par essence équivoques, ne peuvent fonder ni possession ni prescription. - En cas d'enclave, celui qui ne fait qu'user de son droit ne peut en tirer l'affirmation de quelque droit supplémentaire. Même si l'on admet qu'un droit de passage, exercé de façon régulière et apparente, pourra le cas échéant se prescrire en ce sens qu'il pourra créer une servitude, l'exercice de la servitude restera limitée à une voie de passage et ne pourra justifier une prescription acquisitive »¹¹³. Il en va de même pour « des actes de puisage d'eau dans un cours d'eau formant un

¹⁰⁶ « Celui qui ne fait qu'user des biens communaux comme un autre habitant, n'exerce qu'une simple faculté qui ne procure aucun droit nouveau et ne produit point de possession propre, ni, par conséquent, de prescription. » - Cour d'appel 7 janvier 1916, Pas. 9, p. 457.

¹⁰⁷ Rappelons que celle-ci ne peut fonder aucune usucapion aux termes de l'article 2232.

¹⁰⁸ Cour d'appel 1er juin 1927, Pas. 11, p. 296.

¹⁰⁹ Cour d'appel 16 avril 1926, Pas. 11, p. 262.

¹¹⁰ L'action possessoire ne peut être fondée entre communistes que sur des actes ayant pour but ou pour effet une appropriation exclusive de la chose commune au profit de leur auteur ou une restriction injuste des droits utilement possédés par les autres communistes. - Diekirch 8 juillet 1931, Pas. 13, p. 476.

¹¹¹ C.civ., art. 815-9 al. 2.

¹¹² En dernier lieu : Cour d'appel, 16 nov. 2017, Numéro 39750 du rôle.

¹¹³ Cour d'appel 6 mai 1998, Pas. 31, p. 37. Dans le même sens, pour le passage sur un chemin, fût-ce de temps immémoriaux : Cour d'appel 16 avril 1926, Pas. 11, p. 262.

canal d'irrigation pour les propriétés qu'il traverse ou qu'il borde lorsqu'ils sont réalisés par d'autres que les riverains ; ils ne sont que « de pure tolérance »¹¹⁴.

Le premier caractère requis de la possession est qu'elle soit continue et non interrompue. Les juges ont justement précisé à cet égard que continuité ne s'opposait pas toujours à intermittence, pourvu que celle-ci ne signifie pas interruption : « La continuité d'une possession n'exclut pas l'intermittence dans les actes d'usage, pourvu qu'elle soit normale. Une possession n'est entachée d'équivoque que si les actes d'usage du possesseur ne correspondent pas d'une manière certaine au droit dont il soutient que ces actes constituent la manifestation »¹¹⁵. En l'espèce, il s'agissait d'une servitude de vue ; les propriétaires du fond servant invoquaient l'obstruction de la fenêtre que les propriétaires du fond dominant avaient réalisée, mais les juges ont relevé que celle-ci n'avaient pas fait disparaître la lumière, et qu'elle avait pu s'expliquer par la volonté d'éviter de subir le regard. Cette solution est corroborée en matière de propriété par la possibilité de matérialiser le corpus par des actes réguliers quoique non continus, comme le paiement des impôts fonciers ou la perception de loyers.

L'exigence du caractère paisible est si certaine qu'elle ne donne pour ainsi dire lieu à aucune invocation directe en jurisprudence. Pourtant, les juges ont eu l'occasion de préciser que « pour pouvoir vicier la possession, les actes de violence doivent émaner du possesseur et consister, soit à se mettre en possession, soit à s'y maintenir. Si le possesseur subit des actes de trouble, sans en commettre lui-même, on est en présence de violence passive qui est inopérante pour changer le caractère paisible de la possession »¹¹⁶. Il s'agissait en l'espèce d'une simple lettre envoyée par les propriétaires du fond servant pour contester l'existence de la servitude. Les faits sont instructifs car, par-delà la question, dont les juges relèvent qu'elle n'est pas tranchée, de savoir si l'envoi d'une lettre peut s'analyser en une violence, ils posent celle des moyens efficaces pour une personne de s'opposer à la réalisation de l'effet acquisitif d'une prescription. Or nul doute qu'une simple opposition informelle est sans effet. Elle ne peut produire des effets que si elle consiste dans des faits matériels qui rendent l'exercice de la servitude impossible ou si elle prend la forme d'une action en justice: « Lorsque des assignations signifiées à la requête du propriétaire servant constatent, en fait, que le fonds dominant a possédé des fenêtres ouvertes depuis plus d'un an, ces exploits suffisent pour établir, d'après le principe de l'article 2243 dudit code et de l'aveu du

¹¹⁴ Diekirch 5 décembre 1934, Pas. 13, p. 411.

¹¹⁵ Lux. 22 avril 1970, Pas. 21, p. 455.

¹¹⁶ Lux. 22 avril 1970, Pas. 21, p. 455.

propriétaire requérant, l'interruption naturelle de la prescription libératoire du fonds servant contre une servitude concédée, encore que les suites desdites assignations sont ignorées »¹¹⁷.

Les occurrences les plus nombreuses, y compris ces dernières années, concernent toutefois le caractère non équivoque. Celui-ci se présente lorsqu'il existe une communauté de vie entre plusieurs personnes auxquelles peut se rattacher la possession, et quoique la question ne soit pas impossible en matière immobilière c'est à propos des meubles qu'elle se rencontre en pratique¹¹⁸. On peut aisément résumer la position jurisprudentielle : « La communauté d'habitation entre les prétendus donataire et donateur n'entraîne pas automatiquement le vice d'équivoque de la possession. Le juge conserve en cette matière un pouvoir d'appréciation. »¹¹⁹. C'est sans surprise que cette appréciation se révélera particulièrement stricte en matière de distraction de saisie¹²⁰. On trouve toutefois un cas dans lequel la distraction a été admise, dans l'hypothèse où une personne avait accueilli la victime d'un déguerpissement, alors que cette personne était incontestablement sans ressource et que tous ses meubles se trouvaient stockés dans des locaux de la commune¹²¹. Il est notable que la jurisprudence des années 30 se montrait moins favorable au créancier en admettant une présomption de propriété du maître du logis en cas de logement gratuit d'une personne¹²².

L'exigence du caractère public ne donne lieu à aucune jurisprudence spécifique, il transparaît plutôt à travers le caractère équivoque. En revanche, une dernière précision jurisprudentielle relative à la place de la possession dans la preuve de la propriété mérite d'être rappelée. La preuve de la propriété est traditionnellement une question reconnue comme libre¹²³, à la différence des actes susceptibles d'influer sur celle-ci. Le juge luxembourgeois en a tiré les conséquences à plusieurs reprises et réaffirmé la liberté d'appréciation en la matière. La solution est conforme au sens commun lorsqu'on est en présence de personnes invoquant toutes des actes de possession : « En matière immobilière, il appartient aux juges du fond de statuer sur la question de propriété d'après les présomptions de fait invoquées par les parties, lorsque celles-ci ne produisent pas de titre et que

¹¹⁷ Cour d'appel 22 janvier 1880, Pas. 1, p. 650.

¹¹⁸ On pourrait donc discuter la pertinence de ces exemples, dans la mesure où l'article 2279 ne concerne pas l'usucapion. Ils révèlent cependant un caractère important de la possession.

¹¹⁹ J.d.P. Esch 27 avril 1976, Pas. 23, p. 384; Diekirch 23 novembre 1979, Pas. 24, p. 446.

¹²⁰ T.Paix Lux., 10 mai 2019, Rép. fisc. no. 1588/19.

¹²¹ T.arr. Lux., 27 janv. 2017, Numéro 174.218 du rôle

¹²² T.arr., Lux. 21 fév. 1934, Pas., 13, 434.

¹²³ J.-L. Bergel, op. cit., n°440.

la prescription n'est pas acquise. Les juges auront, dans ce cas, à comparer et à apprécier souverainement les actes de possession allégués et les présomptions invoquées et devront donner la préférence à celui des plaideurs qui justifie d'une possession meilleure ou mieux caractérisée »¹²⁴.

La solution est moins certaine lorsque le conflit se présente entre une personne se réclamant d'un titre écrit et une autre qui invoque une possession. La supériorité de l'écrit ou des actes officiels, y compris dans notre culture juridique, sur l'oral ou les simples situations factuelles semble conduire à une infériorité de la possession. On trouve d'ailleurs en jurisprudence des décisions qui confortent ce premier mouvement: « Au vu des développements qui précèdent, il faut retenir que les frères ne rapportent pas la preuve de l'accomplissement d'actes matériels sur les parcelles litigieuses par eux-mêmes, respectivement par leur père en vue de l'établissement d'une prescription acquisitive des parcelles litigieuses dans leur chef, de sorte que leur demande à voir constater la prescription acquisitive des parcelles litigieuses n'est pas fondée. Par voie de conséquence, la demande en revendication tendant à dire que les demandeurs, héritiers sont propriétaires légitimes des biens immobiliers suivants inscrits au cadastre de la Commune de **X**. est à déclarer fondée »¹²⁵.

A y regarder de plus près toutefois, cette supériorité ressentie ne repose sur aucun texte juridique ni aucun mécanisme de notre droit. Bien au contraire, la différence fondamentale entre notre droit des biens et le système allemand est précisément que nous n'avons aucun équivalent du livre foncier. Notre système de publicité foncière règle les questions d'opposabilité vis-à-vis des tiers, ce qui peut rejaillir sur des conflits à propos de la propriété, mais elle ne peut constituer une base irréfutable face à l'invocation d'autres modes d'acquisition. La cour d'appel l'a encore exprimé récemment sans ambages : « Celui qui soutient être propriétaire d'un fonds peut invoquer, à titre de présomption vis-à-vis des tiers, les titres translatifs ou déclaratifs de propriété. Les titres valent seulement à titre de présomption, la force probante des titres étant souvent affaiblie par leurs imprécisions, divergences ou contradictions. Le titre ne pouvant faire présumer irréfragablement la propriété, il est soumis au pouvoir d'appréciation des juges du fond. La possession peut l'emporter sur un titre, même antérieur, dès lors qu'elle apparaît mieux caractérisée, plus révélatrice du droit prétendu »¹²⁶.

Et une affaire un peu plus ancienne a également fait primer la possession sur le titre, alors même que les revendiquants, antérieurement co-indivisaires du possesseur et acquéreurs de ses parts,

¹²⁴ Cour d'appel 24 avril 1963, Pas. 19, p. 173.

¹²⁵ T.arr. 6 mars 2018, 153.146 et 178.000.

¹²⁶ Cour, 26 juin 2019, Numéro CAL-2018-00683 du rôle.

pouvaient s'appuyer sur cette aliénation pour fonder leur propriété. « Il n'est pas davantage prouvé que C) {le possesseur} savait, au moment de la vente, que la limite cadastrale de la parcelle vendue, telle que cette limite figure à l'acte, incluait la partie dont il revendique la propriété » (Cour d'appel, 29 janvier 2014, n° 39750.). La Cour de cassation a toutefois cassé cet arrêt en considérant que la cour d'appel avait traité sans justification le possesseur comme un tiers à l'acte de cession (Cass. 20 novembre 2014, N° 77 / 14.).

B. Les difficultés d'appréciation du titre

Le spécialiste de droit des biens pourra s'étonner de cette préoccupation pour le titre, alors que la possession constitue un fondement de la propriété et n'a nul besoin d'un tel complément, contre lequel bien au contraire elle peut se dresser victorieusement. Pourtant, le code l'envisage expressément au moins en matière immobilière, puisque le juste titre y est exigé pour prescrire de façon abrégée¹²⁷. Il n'en va pas de même en matière mobilière ; et pourtant un nombre significatif de décisions manifestent la difficulté d'articuler cette possession avec les actes qui sont à son origine.

En matière immobilière, on sait que l'usucapion n'exige que l'écoulement du temps de la possession et que ni la bonne foi du possesseur, ni l'origine de sa possession (hormis la violence) n'ont aucune incidence. Le temps est toutefois long pour qui doit attendre trente ans, et c'est alors qu'apparaissent l'exigence de juste titre et de bonne foi. On en déduit que la prescription abrégée est pratiquement réservée au possesseur a non-domino, c'est-à-dire au possesseur qui a valablement acquis l'immeuble d'une personne qui n'en était pas propriétaire. On dit que la prescription abrégée vise à « faire en sorte que le possesseur de bonne foi se retrouve après dix ans de possession dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si son auteur avait été le véritable propriétaire de l'immeuble »¹²⁸.

Nous n'avons relevé aucune jurisprudence quant à l'exigence de bonne foi en cette matière, peut-être pour partie parce qu'elle est présumée¹²⁹. Il n'en va pas de même du juste titre, dont la jurisprudence a dû préciser les contours, et elle a classiquement refusé cette qualification à deux actes en particulier.

¹²⁷ C.civ., art. 2265.

¹²⁸ W. Dross, op. cit., n°289.

¹²⁹ C.civ., art. 2268.

L'expression de juste titre correspond en réalité à « un acte juridique translatif émanant d'un autre que le propriétaire de l'immeuble »¹³⁰. Le juge a ainsi énoncé : « Le juste titre est l'acte juridique qui aurait transféré à l'acquéreur la propriété s'il avait émané du véritable propriétaire »¹³¹. Certains auteurs précisent que l'acte peut aussi être constitutif dans la mesure où la prescription abrégée s'applique également à des droits réels¹³², mais ceci ne change pas le principe. C'est l'exacte traduction de la condition requise pour que la prescription abrégée remplisse sa fonction. Il en résulte que ce juste titre ne peut consister en un acte déclaratif, puisque celui-ci n'opère aucun transfert de droit.

Le juge luxembourgeois l'a parfaitement illustré, d'abord à propos du partage : « un partage irrégulier ne peut pas constituer un « juste titre », sachant que le partage n'est pas translatif de propriété entre les copartageants, mais a un effet déclaratif, c'est-à-dire que chaque héritier alloti est censé tenir directement du défunt, et de lui seul, les biens qui composent son lot. La seule prescription acquisitive envisageable en la matière est donc la prescription trentenaire »¹³³. La formulation de la cour est trompeuse lorsqu'elle argue du fait que le possesseur tient le bien directement du défunt, car on pourrait alors retenir une véritable transmission, fût-ce à une date distincte de celle du partage. En réalité, c'est le mécanisme de la continuation de la personne qui fait obstacle, davantage à l'existence d'un transfert qu'à celle d'un acte. Il en va différemment d'un legs qui peut constituer un juste titre.

Le second exemple d'acte non translatif est celui du bornage, qui ne peut donc pas non plus constituer un juste titre¹³⁴. On sait que le bornage est un droit pour tout propriétaire d'un fond à l'égard du propriétaire du fond contigu¹³⁵, et qu'il peut être aussi bien amiable que judiciaire.

L'articulation de l'action en bornage et de la contestation de la propriété est parfois simple, lorsqu'elle consiste à trancher d'abord l'attribution de la propriété et à réaliser en conséquence un bornage qui traduit matériellement la solution apportée¹³⁶. Même en ce cas, la dualité des demandes

¹³⁰ J.-L. Bergel, op. cit., n°208.

¹³¹ n°5 sous art. 2265 code Larcier.

¹³² W. Dross, op. cit., n°290. I. Durand, op. cit., ns°10311 s.

¹³³ Cour, 15 fév. 2017, N°39/17 – II-CIV.

¹³⁴ Cour d'appel 20 février 2013, Pas. 36, p. 165.

¹³⁵ C.civ., art. 646.

¹³⁶ Pour un exemple : T.arr. Lux., 19 juin 2013, Numéro 120912 du rôle.

soulève des problèmes de compétence puisque l'action en bornage relève de la justice de paix tandis que le pétitoire ressortit du tribunal d'arrondissement¹³⁷. Mais on est rarement dans ce cas de figure idéal, et les demandes en bornage et en contestation de la propriété sont souvent plus imbriqués.

Sur le principe, la répartition est toutefois claire :

Le procès-verbal de bornage ne constitue ni un titre translatif, ni un juste titre au sens de l'article 2265 du Code civil. La convention en bornage ne fait pas acquérir la propriété. En lui-même, le bornage n'affecte pas la propriété ; il en détermine seulement l'objet à la marge. Il est déclaratif, il n'opère aucun transfert de propriété. Il rend seulement incontestable une limite établie contradictoirement et marquée de façon apparente et intangible¹³⁸.

Mais la différence de nature entre le bornage et la revendication ne s'arrête pas là. Au fond, contrairement aux intuitions, le bornage ne dit rien sur la propriété. Il n'a une signification à ce niveau que si les protagonistes sont tous d'accord pour dire que le bornage fait ou fera foi de la délimitation et que chacun accepte l'attribution de la propriété de chaque parcelle. Mais il arrive que le conflit soit plus complexe et que, par-delà les divergences quant à l'étendue des parcelles contiguës, il existe un conflit de propriété sur un morceau de terrain, dont la désignation en parcelle n'est jamais qu'une réalité administrative qui recouvre le sol physique sans s'y substituer. Autrement dit, une personne se prétend propriétaire d'un morceau de terrain en bordure d'un autre terrain; elle peut penser que le bornage confirmera sa prétention; mais le bornage consiste seulement à vérifier que la délimitation matérialisée correspond à la délimitation administrative; et si le résultat déçoit ses attentes, c'est-à-dire si la réalité administrative ne correspond pas à ses prétentions, notre demandeur en bornage, ou cocontractant d'une convention de bornage, portera sa contestation sur le terrain de la propriété.

La jurisprudence luxembourgeoise fournit un bon exemple de cette situation :

la décision du tribunal de paix {...} qui a statué sur une demande en bornage, tendant exclusivement à la fixation de la ligne divisoire entre les fonds, n'y {le jeu de l'usucapion} fait pas obstacle étant donné qu'elle n'a pas tranché la question de la propriété de la parcelle ¹³⁹.

Le raisonnement est le même que lorsque le juge accepte de faire jouer l'usucapion contre le cadastre, à la différence près que le bornage ne constitue même pas un élément de la propriété mais seulement une détermination de la délimitation et donc de la contenance des diverses parcelles au

¹³⁷ Le tribunal d'arrondissement s'est ainsi reconnu compétent pour connaître d'une demande accessoire en bornage à une demande principale au pétitoire au nom de la connexité des deux demandes : T.arr. Lux., 1ère ch., 19 juin 2013, Numéro 120912 du rôle.

¹³⁸ Cour d'appel, 20 fév. 2013, Numéro 34623 du rôle.

¹³⁹ T.arr. Lux., 8 nov. 2017, 177741 du rôle.

cadastre. C'est donc a fortiori qu'il ne peut s'opposer à une prescription acquisitive. La jurisprudence luxembourgeoise, conforme aux analyses doctrinales¹⁴⁰ et à la jurisprudence des pays voisins, consolidée par la cour européenne des droits de l'homme¹⁴¹, est parfaitement cohérente et ferme sur ce point. Il n'en va pas toujours de même en matière mobilière à propos des relations entre la possession et le don manuel prétendument à sa source.

La relation de la possession mobilière et du titre est pour ainsi dire inhérente à l'article 2279. En effet, la lettre de l'article opère une assimilation des deux notions, assimilation dont la nature est d'ailleurs très discutée, entre présomption et acquisition¹⁴². Mais, en outre, certains auteurs ont défendu l'idée que le mécanisme acquisitif de l'article 2279 était assimilable à la prescription acquisitive¹⁴³. Certes, la doctrine contemporaine est en sens contraire et l'instantanéité du mécanisme ne plaide pas pour ce rapprochement¹⁴⁴, mais les raisonnements de l'un inspirent sans conteste l'autre, et le refuge de l'acquisition par effet de la loi est aussi commode que pauvre. Ceux qui opèrent le rapprochement avec l'usucapion estiment aussi que le jeu de l'article 2279 est subordonné à la présentation par le possesseur d'un juste titre, puisqu'il se réclame d'une usucapion abrégée¹⁴⁵. L'apparente contradiction entre l'exigence d'un juste titre et l'attribution du titre par la possession tombe, si on veut bien se souvenir que le titre obtenu est un titre parfait, tandis que par hypothèse le juste titre est un titre imparfait puisqu'émanant d'un non-proprétaire¹⁴⁶. La doctrine majoritaire est toutefois sans conteste en faveur de la dispense d'un juste titre¹⁴⁷, rappelant tout au plus que l'exigence de bonne foi intègre une acquisition faite en vertu d'un titre translatif¹⁴⁸.

¹⁴⁰ J.-L. Bergel, op.cit., ns° 158 s. Ch. Atias et B. Grimomprez, « Bornage », Encycl. Dalloz, rép. civil. S. Laporte-Leconte, « Le bornage », Juris-Classeur construction urbanisme, Fasc. 261-45. I. Durand, op.cit., n°10164.

¹⁴¹ CEDH 4 janv. 2012, La Roseraie [Sté] c/ France, req. no 14819/08 AJDI 2012. 455, obs. Le Rudulier; AJDI 2013. 22, étude François.

¹⁴² Sans étude systématique, la jurisprudence luxembourgeoise semble parfaitement refléter l'évolution d'une simple présomption vers l'admission du caractère acquisitif de l'article 2279.

¹⁴³ W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n°300. Pour un résumé des opinions doctrinales du 19ème siècle sur l'analyse de l'article 2279 en termes d'usucapion : W. Dross, « Le singulier destin de l'article 2279 du code civil », RTDciv., 2006, 23, spéc. note 20.

¹⁴⁴ L'usucapion n'aurait qu'une place marginale en matière mobilière, notamment lorsque le possesseur est de mauvaise foi : I. Durand, op. cit., n°10221.

¹⁴⁵ W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n°307. Pour un résumé des arguments de Demolombe et Marcadet: W. ss, RTDciv., n°24.Dro

¹⁴⁶ W. Dross, *ibid.*

¹⁴⁷ J.-L. Bergel, op. cit., n°223. Ch. Larroumet et Mallet-Bricout, op. cit., n°934.

¹⁴⁸ I. Durand, op. cit., n°10234.

Ces désaccords à propos de la place du titre dans l'article 2279 sont en réalité révélateurs de profondes divergences, portant sur l'étendue et la portée de l'article 2279. Notre but n'est pas ici de résoudre les difficultés révélées par les désaccords doctrinaux, les propos qui suivent ne prétendent donc pas à l'exhaustivité ; notre objectif est plus modestement d'éclairer la jurisprudence luxembourgeoise, qui fournit elle aussi un bon exemple de ces difficultés.

Par ailleurs, il n'y a pas que des désaccords. Tout d'abord, la double fonction probatoire et acquisitive est généralement admise¹⁴⁹. L'unanimité est moins nette en revanche lorsqu'on se penche sur leur domaine respectif. En se fondant sur la ratio legis de la disposition, Wiliam Dross en préconise un domaine limité¹⁵⁰. Les auteurs admettent d'ailleurs généralement que le domaine naturel d'application de l'article 2279 est le conflit entre l'acquéreur a non domino et le verus dominus, la possession assurant la protection du possesseur en même temps que celle plus large du commerce juridique. Mais beaucoup admettent l'application de l'article en dehors de ce cas typique, principalement dans sa fonction probatoire. C'est vrai dans les litiges entre le verus dominus et le possesseur¹⁵¹ ou dans les rapports entre possesseur et son auteur ou les héritiers de celui-ci.¹⁵². Certains affirment explicitement que l'effet acquisitif n'est pas limité à la situation de l'acquéreur a non-domino mais va au-delà à la condition qu'il y ait « acquisition de la propriété d'un meuble par le possesseur¹⁵³, ce qui exclut les rapports entre époux séparés de biens¹⁵⁴. L'application de l'article est même parfois admise en dehors d'un conflit entre personnes prétendant à la propriété d'un même bien, permettant ainsi à un assuré de se défendre contre l'assureur qui refusait de faire jouer l'assurance en invoquant l'absence de propriété de l'assuré¹⁵⁵. Tout au plus certains exigent-ils qu'on n'impose pas, par une application extensive du mécanisme, la propriété à des plaideurs qui ne l'invoqueraient pas¹⁵⁶. La seule limite largement admise est l'existence d'une obligation personnelle de restitution¹⁵⁷, sans quoi la résolution ou l'annulation d'un contrat verrait ses effets paralysés ; les contours de cette exception ne sont toutefois pas explicités. On touche en effet à ce stade à une question dont on peut douter qu'elle soit toujours clairement appréhendée : la relation au titre

¹⁴⁹ I. Durand, op. cit., n°10.226. Ch. Larroumet et B. Malet-Bricout, op. cit., n°74, 917-919. P. Watgen et M. Watgen, op. cit., pp.307 s.

¹⁵⁰ W. Dross, op. cit., ns°300 s.

¹⁵¹ Durand, n°10254.

¹⁵² Terré, ns°448 s. Larroumet n°945.

¹⁵³ Vogel, n°229.

¹⁵⁴ Vogel, n°230.

¹⁵⁵ Larroumet Mallet-Bricout 927.

¹⁵⁶ Zenati n°373.

¹⁵⁷ Terré 448

translatif. A priori, les choses sont simples : non seulement on est présumé posséder à titre de propriétaire (C.civ., art. 2230), mais on est aussi présumé de bonne foi (C.civ., art. 2268). Rien de surprenant dans ces conditions à ce qu'on affirme que la preuve qu'il n'y a pas possession mais simple détention fait tomber la présomption ; on en donne pour exemple locataire, emprunteur, dépositaire¹⁵⁸. Mais comment peut-on apporter cette preuve ? Par le titre. Le glissement s'opère alors lentement¹⁵⁹, comme dans les affaires de don manuel qu'illustre la jurisprudence luxembourgeoise.

De même, tous s'accordent à première vue, même si dans des termes qui peuvent varier, pour reconnaître que les conditions du jeu de l'effet probatoire de la possession, autrement dit de la présomption de propriété, sont la bonne foi et l'existence d'une véritable possession¹⁶⁰. Mais des nuances apparaissent dans le détail. Plusieurs auteurs affirment ainsi que la possession doit naturellement être non viciée¹⁶¹. Pourtant, d'autres auteurs le contestent, puisque l'acquisition de l'article 2279 est 'immédiate et que la possession doit s'apprécier à l'instant T¹⁶². L'inapplication des vices doit toutefois être nuancée, une exception étant faite pour le vice d'équivocité, puisque là il touche l'animus et fait disparaître la possession¹⁶³, voire pour le vice de clandestinité¹⁶⁴.

La jurisprudence luxembourgeoise n'a pas eu à connaître directement du détail de ces questions, mais la plupart des décisions qui ont dû approfondir les rouages du mécanisme de l'article 2279 ont dû le faire précisément à propos du titre à l'origine factuelle de la possession, principalement le don manuel et plus accessoirement le mandat. Les analyses qui suivent ne prétendent pas à un commentaire systématique de l'article 2279 du code civil, celui-ci reste à faire. Elles essaient seulement de montrer les grandes lignes de la jurisprudence et leur sinuosité.

D'assez nombreuses décisions mêlent l'article 2279 et des hypothèses de donation. Nous laisserons de côté celles où la possession apparaît comme un indice de validité ou d'invalidité de la donation, dans la mesure où elle révèle la tradition de l'objet¹⁶⁵. Nous nous concentrerons sur les cas de décès,

¹⁵⁸ Larroumet, n°953.

¹⁵⁹ I. Durand, op.cit., n°10260.

¹⁶⁰ Durand 10230 10231; Vogel ns°226; s.. dross ns°309-310. Terré 2002 n°425. Larroumet n°952.

¹⁶¹ Durand 10236. Vogel n°225.

¹⁶² Zenati p. 376.

¹⁶³ Dross, n°306.

¹⁶⁴ Larroumet, n°957. Pour ces auteurs en effet, équivocité et clandestinité sont les moyens d'établir la mauvaise foi du prétendu possesseur.

¹⁶⁵ T.arr., Lux., 25 oct. 1933, Pas., 13, 402. Cour, 3 juin 1923, Pas., 11, 215.

après lequel les héritiers réclament à une personne des biens du défunt et celui-ci argue de la possession, en invoquant, explicitement ou pas, un don à son profit. Naturellement, le possesseur se trouve dans la situation de défendeur, se contentant d'invoquer la possession, et la question est donc de savoir quel argument peut utilement faire valoir le demandeur pour briser les défenses de sa forteresse. La jurisprudence semble unanime : l'héritier doit établir que les conditions de l'article 2279 ne sont pas réunies et que le défendeur à l'action n'est donc pas protégé par une possession valide. Il doit donc établir « soit que le possesseur est un détenteur précaire, soit que sa possession est entachée de l'un des vices de violence, de clandestinité ou d'équivoque, soit que la possession est le résultat d'un détournement »¹⁶⁶. On ne trouve pas de motivation contraire. Lorsque le soi-disant donataire est en possession des meubles litigieux, il n'a pas en principe à prouver l'existence même du don manuel qu'il allègue »¹⁶⁷. Et, de fait, toutes les décisions que nous avons consultées se situent sur ce terrain des vices de la possession : paisible¹⁶⁸, équivoque¹⁶⁹, clandestine¹⁷⁰, et on peut aisément mettre sur un même plan la précarité¹⁷¹. On remarque déjà que les juges retiennent donc une conception large des vices qui peuvent affecter la possession, puisque les auteurs, nous l'avons vu, excluent le caractère paisible¹⁷².

Pourtant, cette généralité mérite d'être interrogée, surtout si on songe à la fonction de l'article 2279. Il a en effet pour finalité de garantir la sécurité des échanges, en permettant à celui qui a acquis a non domino de ne pas succomber sous les assauts du *verus dominus*. En conséquence, il convient d'opérer une distinction entre les conflits qui opposent le possesseur à un tiers qui se prétend le véritable propriétaire et ceux qui opposent le possesseur et son auteur. La définition de la bonne foi que donnait la cour de cassation dans ce cadre au 19^{ème} siècle peut être utilement invoquée à cet égard : « celui qui possède de bonne foi » est celui « qui, au moment où il a acquis la possession, pouvait raisonnablement croire que le droit réel qu'il entendait acquérir, lui avait été valablement

¹⁶⁶ T.arr., Diek., 23 nov. 1979, Pas., 24, 446. Plus récemment une formulation proche : Cour, 21 fév. 2001, Pas., 32, 36.

¹⁶⁷ Cour, 27 oct. 1999, Pas., 21, 222.

¹⁶⁸ Cour, 4 fév. 1909, Pas., 8, 171.

¹⁶⁹ Cour, 4 juin 1915, Pas., 9, 354. Cour, 3 juin 1921, Pas., 11, 215. Cour, 19 avr. 1961, Pas., 18, 315. T.arr. Diek., 23 nov. 1979, Pas., 24, 446.

¹⁷⁰ Cour, 19 avr. 1961, Pas., 18, 315.

¹⁷¹ Cour, 9 janv. 1989, Pas., 27, 307.

¹⁷² En sens contraire toutefois : Ch. Braillon, « Les défenses de la possession et du don manuel dans le cadre de l'action en revendication mobilière – Note d'histoire sur la maxime En fait de meubles, possession vaut titre », Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2008 /2, pp. 281 - 296

transmis »¹⁷³. Certes la bonne foi se présume, mais nul doute que l'action de l'auteur du possesseur fait douter du transfert et donc de la bonne foi. La cour d'appel semble s'être rapprochée de cette idée. Elle l'a fait en 1998 en distinguant explicitement les deux types de conflit, et en réservant la fonction acquisitive aux conflits entre le possesseur et le propriétaire dépossédé et en n'admettant qu'une fonction probatoire dans les conflits entre le possesseur et son auteur¹⁷⁴. Elle a prolongé dans cette voie en 2001 lorsqu'elle affirme que, dans l'hypothèse d'un « conflit entre le possesseur et son auteur, la possession ne vaut pas présomption de propriété, elle fait seulement présumer l'existence du titre dont se prévaut le possesseur »¹⁷⁵.

Mais depuis longtemps des incohérences affleurent dans ce bel édifice, comme lorsque la Cour juge équivoque une possession parce que « le possesseur a habité le ménage du prétendu donateur jusqu'au décès de ce dernier et qu'il lui était facile de s'emparer des objets »¹⁷⁶. Logiquement, le caractère équivoque devrait s'apprécier au moment où l'action est intentée, sauf à ne plus s'appliquer vraiment aux caractères de la possession mais au titre dont on prétend la détacher. Les juges sont même allés jusqu'à appliquer l'article 2279 aux relations entre un mandataire et son mandant lorsque le mandant réclame au mandataire des sommes qu'il aurait virées sur son compte¹⁷⁷, ou à l'hypothèse d'une contestation sur une photo entre deux ex-époux à travers des sociétés à eux rattachés alors qu'on était en présence d'un don entre époux dont la réalité n'était pas contestée¹⁷⁸. La Cour est allée jusqu'à affirmer que les dispositions de l'article 2279 du code civil sont applicables au don manuel par virement »¹⁷⁹ : pris à la lettre, ceci signifie que la possession régit le don manuel lui-même. Même les auteurs qui défendent une application large de l'article 2279 dans sa fonction probatoire excluent pratiquement la prise en compte du don manuel: « Celui qui prétend avoir reçu une chose à titre de don manuel sera dispensé de rapporter la preuve de l'existence d'une donation, celle-ci étant présumée ; il appartiendra au possesseur antérieur, c'est-à-dire le prétendu donateur, qui nie l'existence du don manuel et entend obtenir la restitution de la chose, de prouver l'absence de titre du possesseur actuels. »¹⁸⁰ La possession est admise pour opérer

¹⁷³ Cass., 12 juin 1988, Pas., 2, 539.

¹⁷⁴ Cour, 25 nov. 1998, Pas., 31, 191.

¹⁷⁵ Cour, 21 fév. 2001, Pas., 32, 36.

¹⁷⁶ Cour, 19 avr. 1961, Pas., 18, 315.

¹⁷⁷ « Il appartient à son adversaire [le mandant] de rapporter la preuve que la possession dont se prévaut l'appelante [le mandataire] de la chose ne réunit pas les conditions légales pour être efficace »: Cour, 11 mai 2016, Numéro 41214 du rôle.

¹⁷⁸ T.arr. Lux., 10 juin 2016, Numéro 160.793 du rôle.

¹⁷⁹ Cour, 28 janv. 2015, Numéros 38703 et 39246 du rôle.

¹⁸⁰ Larroumet n°951.

la répartition de la charge de la preuve, mais elle ne doit pas subsister pour apprécier le titre que l'auteur du possesseur invoque pour renverser la présomption de propriété.

Si on admet qu'il existe une différence significative selon que le possesseur est en conflit avec un tiers ou avec son auteur, peut-être faut-il franchir un pas supplémentaire et prendre avec plus de précaution l'application de l'article 2279 à la seconde hypothèse. C'est déjà ce que fait la jurisprudence Comme le fait judicieusement observer un auteur¹⁸¹, lorsque le conflit concerne un prétendu propriétaire qui réclame à un prétendu possesseur quelque chose qu'il détient en vertu d'un acte juridique qui les lie, la nature du litige n'est plus réelle mais personnels. La clef de la solution ne peut plus se trouver dans l'article 2279 ; le prétendu propriétaire est un créancier qui réclame l'exécution d'une obligation et il lui appartient d'établir sa créance. Autrement dit, il lui appartient de prouver que le contrat (ou l'acte unilatéral) contient une obligation de restitution¹⁸². Le raisonnement, quoique différent, est de même nature lorsqu'il s'agit d'un mandat : le mandant fait valoir l'obligation du mandataire de rendre des comptes et de justifier de l'usage des biens dont il a pu disposer en vertu du mandat. Les allusions discrètes que les juges font au titre lorsqu'ils raisonnent sur la possession dans ces hypothèses ne sont qu'un pis-aller qui manifeste leur embarras. Autrement dit, au lieu d'appliquer l'article 2279 et d'affirmer que la présomption du titre qu'il pose impose au demandeur qu'il prouve l'inexistence du titre, il serait plus simple et plus orthodoxe d'admettre qu'on est dans un conflit à propos d'un titre sans faire le détour par l'article 2279. La proposition peut sembler à première vue radicale ou provocatrice ; il n'en est rien ; il suffit de songer aux hypothèses de restitution consécutives à l'annulation d'un contrat : nul ne conteste que l'article 2279 soit inapplicable, et pourtant le débiteur de restitution est en possession des biens à restituer, tout comme le prétendu (à tort ou à raison) donataire dans l'hypothèse du don manuel.

Un problème particulier doit encore être envisagé, lorsque le conflit ne se produit pas exactement entre le possesseur et son auteur mais entre le possesseur et les héritiers de son auteur. Il y a apparence qu'on se trouve face à un conflit entre un possesseur et un tiers, mais il n'en est pas toujours ainsi. Dans la mesure où l'héritier est le continuateur de la personne du défunt, il occupe sa position sur la scène juridique et il s'agit donc toujours d'un conflit entre le possesseur et son auteur, auquel s'est substitué l'héritier. Il est fréquent que le conflit oppose en pratique deux héritiers, mais le possesseur ne prétend nullement être en possession en vertu de ses droits successoraux, il invoque toujours, à raison ou à tort, une libéralité à titre particulier dont il aurait été

¹⁸¹ W. Dross, *Droit des biens*, op. cit., n°307.

¹⁸² W. Dross, « Jacques Brel et l'article 2279 du code civil », D. 2007, 706.

bénéficiaire ; ayant cause à titre particulier, il ne continue pas de ce chef la personne du défunt. L'héritier qui conteste sa possession peut s'analyser comme effectuant un acte conservatoire tendant à reconstituer la masse indivise et on sait qu'il a le pouvoir d'accomplir seul cet acte. Le raisonnement doit donc être le même : il n'est pas question de s'appuyer sur l'article 2279, quitte à l'édulcorer quelque peu, mais de vider le litige sur le terrain de l'acte translatif. Certes, l'analyse doit être différente si l'héritier invoque un droit propre, tel la demande de rapport ou de réduction, car alors il n'agit plus en continuateur de la personne du défunt. En ce cas, la solution n'est pas à chercher dans l'article 2279 mais dans l'article 843. L'héritier qui agit en rapport d'une libéralité devra donc établir « la donation entre vifs, directement ou indirectement » et, en retour, par pure application de l'article 1315, le donataire pourra prouver que la donation était « expressément par préciput et hors part, ou avec dispense de rapport ».

Ceci atteste de l'application de l'article 2279 en dehors de son champ d'application naturel. Cette extension se poursuit inexorablement, au point que les débats sur l'existence ou non d'une donation sous forme de don manuel se résolvent sur le terrain de l'article 2279. C'est ce qui a résulté de l'arrêt de la cour d'appel du 21 mars 2018¹⁸³ cassé en 2019¹⁸⁴. D'après la cour d'appel, la qualification de l'acte privilégiait naturellement sa dimension matérielle, si bien que la tradition suffisait pour ainsi dire à établir le don. Dès lors, il appartenait au bénéficiaire, possesseur, de prouver qu'il s'agissait d'une donation rémunératoire pour se libérer de l'obligation de rapport. Le hic était que le fameux possesseur contestait qu'il n'y ait jamais eu donation, en sorte qu'il n'était pas tenu au rapport. La Cour de cassation a accueilli son pourvoi :

‘‘Attendu que la fonction probatoire de la règle « En fait de meubles, la possession vaut titre », règle protectrice de celui qui se prétend donataire, ne peut pas être invoquée à l'encontre de celui qui nie avoir reçu un bien au titre de don manuel ;

Attendu qu'en présumant, sur base des dispositions de l'article 2279 du Code civil, qu'il y avait eu don manuel dans le chef de A., qui, en se prévalant de l'existence d'une donation rémunératoire, avait contesté l'intention libérale du de cujus, partant le don manuel, et en disant que A. devait dès lors prouver cette donation rémunératoire, les juges d'appel ont violé, par une fausse application, l'article 2279 du Code civil ; ‘‘

Il est permis de se demander s'il n'aurait pas mieux valu se passer de l'application de l'article 2279. En tous cas, on voit bien les excès issus de la déduction d'une donation de l'existence d'une

¹⁸³ Cour, 21 mars 2018, Numéro 44422 du rôle.

¹⁸⁴ Cass., 23 mai 2018, Numéro CAS-2018-00044 du registre. Pas., 2019, 39, 375.

possession. Si le défunt a transféré des fonds pour permettre au bénéficiaire d'effectuer des dépenses à son profit, on n'était pas en présence d'une donation rémunératoire mais d'un mandat. En tout état de cause, il nous semble que tout dépendra de la position de chacun dans l'instance, l'article 2279 étant là pour protéger le défendeur.

Cet arrêt de la Cour de cassation peut être rapproché d'une plus ancienne décision qui avait elle aussi cantonné le jeu de l'article 2279. Il s'agissait alors d'un huissier à qui on reprochait de ne pas avoir assez muselé son appétit alors qu'il existait apparemment des contestations sérieuses sur la propriété du bien saisi. La cour lui interdit de s'abriter derrière la possession du débiteur, parce qu'il était tiers à la relation du revendiquant au saisi¹⁸⁵. Il s'agit dans les deux cas, nous semble-t-il, d'une mauvaise compréhension de l'article 2279. Celui-ci ne transforme pas le possesseur en propriétaire erga omnes. Il permet au possesseur, afin de garantir les opérations passées qui l'ont conduit à être possesseur, de se prémunir contre les atteintes que le véritable propriétaire pourrait faire valoir. Il ne nous semble pas correct de permettre à d'autres d'invoquer ce texte. C'est une confusion de ce mécanisme avec celui de la propriété apparente. La jurisprudence luxembourgeoise n'est toutefois pas moins irréprochable dans la diversité de ses orientations que d'autres, et les hésitations doctrinales n'y sont certainement pas étrangères.

On peut faire une comparaison éclairante à partir d'un arrêt de 2010 dans une affaire fleuve¹⁸⁶. Dans l'espèce, se posait une question de preuve de l'existence de dons manuels d'un père à son fils, don qui aurait servi à l'acquisition d'un immeuble. Le don manuel n'est pas établi. S'il ne s'était pas agi d'un immeuble mais d'un meuble, il aurait fallu conclure de la possession des fonds à l'existence de dons manuels. Pourtant, s'agissant d'un litige entre successeurs d'un même ayant cause, la protection de l'article 2279 ne s'imposait certainement pas pour garantir la sécurité juridique des transactions et du commerce.

Plusieurs conclusions peuvent être tirées de cette étude. Tout d'abord, les réflexions abstraites qui, au vu de l'évolution des techniques, déclarent l'usucapion désuet et devenu inutile sont contredites par la pratique. D'une part, le contentieux autour de l'usucapion, sans être très nourri, est en revanche très régulier et atteste de la survivance de l'insuffisance des règles de la publicité foncière pour vider toutes les querelles. D'autre part, la cour européenne des droits de l'homme a elle-même confirmé la validité du mécanisme et sa compatibilité au regard de la protection du droit de

¹⁸⁵ Cour, 9 juin 1999, Pas., 31, 155.

¹⁸⁶ Cour d'appel, 3 juin 2010, Numéro du rôle 33986.

propriété. Le vent a cependant sifflé très fort sur la prescription acquisitive et il n'est pas exclu qu'il faille un jour en aménager le régime juridique pour garantir des inéquités les plus criantes.

Quant à la jurisprudence luxembourgeoise, elle est largement conforme aux interprétations françaises. Les références doctrinales et jurisprudentielles sont d'ailleurs presque exclusivement de France, avec seulement parfois une référence au livre de Monique et Raymond Watgen; nous n'avons rencontré qu'une seule référence à une décision belge. Il n'est qu'un domaine dans lequel la jurisprudence luxembourgeoise est plus incertaine, c'est celui de l'article 2279. Nous ne l'avons pas étudié en lui-même et nos observations sont donc nécessairement partielles. Elles révèlent toutefois des hésitations sur le rôle pratique à faire jouer à cette disposition. C'est particulièrement le cas à propos des dons manuels, non seulement parce que le donataire est possesseur, mais plus pernicieusement parce que la possession devient presque un élément du don manuel. Il est d'ailleurs frappant que les jurisprudences sur le don manuel se trouvent dans le code civil de la Pasicrisie sous l'article 2279, même si pas exclusivement. Cette orientation est certainement un appel direct à une étude ultérieure approfondie.

identification	année	juridiction	immobilier/mobilier	objet litige	matière	Divers
Référés 4 fév. 2015 41604	2015	T.arr. Lux.	I	empiètement	civile	incompétence
cour 1 fév. 2017 N° 25/17 - I - CIV	2017	Cour d'appel	I	empiètement	civile	irrecevable
Cour 15 fév. 2017, N°39/17 – II-CIV.	2017	Cour d'appel	I	conflit successoral	civile	non-fondé
Cour 5 avr. 2017 N° 49/17 - IX - CIV	2017	Cour d'appel	I	vente dolosive	civile	moyen incident même pas examiné
T.arr. Lux. 24 oct. 2017 du rôle : 153.146 et 178.000	2017	tribunal d'arrondissement	I	conflit successoral	civile	moyen non directement examiné
T.arr. Lux. 8 nov. 2017 177741 du rôle	2017	tribunal d'arrondissement	I	empiètement	civile	usucapion admis
Cour, 16 nov. 2017, 39750 du rôle	2017	Cour d'appel	I	vente indivision	civile	usucapion admis
T.arr. 6 mars 2018, 153.146 et 178.000	2018	tribunal d'arrondissement	I	succession	civile	examen approfondi
Cour 6 juin 2018 45039 du rôle	2018	Cour d'appel	I	empiètement	civile	appel de décision référéncée
Cour 6 mars 2019, Numéro 44576 du rôle	2019	cour d'appel	I	copropriété	civile	rejet
	2019	tribunal d'arrondissement	I	servitude de vue	civile	usucapion admis

Cour 12 juin 2019 Numéro CAL- 2018-00305 du rôle	2019	cour d'appel	I	succession	rejet usucapion	
Cour 26 juin 2019 Numéro CAL- 2018-00683 du rôle	2019	Cour d'appel	I	étendue de l'objet d'une vente ancienne	rejet usucapion	
T.adm. 5 juin 2014 N° 31802 du rôle	2014	Tribunal administratif	M	qualité d'associé	administrative	remarque incidente du tribunal pour la détermination de la qualité d'associé
T.arr. Lux. 2 avr. 2019 Numéro TAL-2018-01901 du rôle						
Cour 28 juin 2015 Numéros 38703 et 39246 du rôle	2015	Cour d'Appel		don manuel		possession admise
Arrêt n°158/15 (not. 1311/99/CD)	2015	Cour d'Appel	M	infractions du droit des sociétés	pénale	possession d'actions
Cour d'appel, 8 Juillet 2015, N° 41214 du rôle	2015	Cour d'appel	M	mandat virement		la décision ne clôture pas
Cour, 11 mai 2016, n° 41214 du rôle	2016	Cour d'appel	M	mandat et propriété de fonds sur un compte		suite d'affaire non clôturée de 2015.
Cour, 13 janvier 2016, arrêt n°34/15 x:2016	2016	Cour d'appel	M	propriétaire d'objets saisis	pénale	utilisation incidente mais effets concrets

T.arr. Lux, 3 mai 2016, n° 174385 du rôle	2016	Tribunal d'arrondissement	I	bail à loyers	civile	pure incidente = citation d'une décision belge
T.arr. Lux, 12 mai 2016, Numéro 169986 du rôle	2016	tribunal d'arrondissement	M	partage d'indivision post-communautaire	civile	élément du raisonnement de la Cour
Cass. 26 mai 2016, numéro 3648 du registre	2016	cour de cassation	M	saisie-arrêt	civile	argument d'un moyen irrecevable
T.arr. Lux, 10 juin 2016, n°160.793 du rôle	2016	tribunal d'arrondissement	M	don manuel	civile	raisonnement du tribunal
T.arr, 27 janvier 2017, numéro 174.218 du rôle	2017	tribunal d'arrondissement	M	distraktion de biens saisis	civile	raisonnement du tribunal
T.arr. Lux, 6 avril 2017, N°155.522 du rôle	2017	tribunal d'arrondissement	M	propriété de sommes en compte	commerciale	argument incident d'une partie
Cour, 15 Novembre 2017, n°37688 du registre, Cour d'Appel	2017	Cour d'Appel	M	propriété d'actions	civile	argument à l'appui d'un appel déclaré irrecevable
Cour, 17 octobre 2017, Numéro 44356 du rôle	2017	Cour D'appel	M	don manuel	civile	non-retenu mais coeur du raisonnement
Tribunal de paix Luxembourg, 10 mai 2019, rép. fisc. no° 1588/19	2019	Tribunal de Paix	M	distraktion de biens saisis	civile	argument d'une partie non-retenu par la Cour

Cass. 23 mai 2019, numéro CAS-2018-00044 du registre	2019	Cour de Cassation	M	don manuel rémunérateur	civile	fondement de la cassation
Cour, 8 octobre 2019, n°184322 du rôle	2019	Cour d'appel	I	servitude de prise d'eau	civile	retenue par la cour
Cour, 18 mars 2020, Numéro CAL-2019-00372 du rôle	2020	Cour d'Appel	M	chien Billie	civile	non-retenu par la Cour