

## NOTAIRE

1116

# Les servitudes au service de l'énergie

Afin de répondre à l'urgence écologique et climatique, le Code de l'énergie impose au législateur, périodiquement, de déterminer les objectifs et de fixer les priorités d'action de la politique énergétique. Au-delà de l'action étatique, les particuliers peuvent contribuer à la réalisation de ces objectifs en rénovant leurs biens. Un droit de surplomb a ainsi été institué pour permettre l'installation d'un ouvrage d'isolation thermique par l'extérieur en surplombant le fonds voisin. Plus largement, les fonds privés peuvent être grevés de servitudes au service de l'énergie. Dès lors, on peut s'interroger sur un éventuel régime commun applicable à ces différentes charges.



Clothilde Greff,  
notaire à Issy-les-Moulineaux

**Ndlr :** cette étude fait partie d'un dossier dont le thème est « Le notaire face aux enjeux énergétiques » : *JCP N 2023, n° 24, 1111-1118.*

1 - Nul ne peut nier l'actualité brûlante de ce sujet, réchauffement climatique, pénurie d'énergie... Le Code de l'énergie (*C. énergie, art. L. 100-1, A*) prévoit qu'avant le 1<sup>er</sup> juillet 2023, puis tous les 5 ans, une loi<sup>1</sup> détermine les objectifs et fixe les priorités d'action de la politique énergétique nationale pour répondre à l'urgence écologique et climatique. Parmi ces objectifs, l'on trouve la réduction de consommation énergétique primaire fossile, le développement des énergies renouvelables. Tous ces enjeux ne peuvent pas s'exercer au seul niveau étatique. Les personnes privées contribuent à la réalisation de ces objectifs par la rénovation de leurs biens. Le droit de surplomb a été institué afin d'autoriser l'installation d'un ouvrage d'isolation thermique par l'extérieur pour améliorer la performance énergétique en surplombant le fonds voisin. Elles y contribuent également par les contraintes qu'elles supportent afin de permettre la circulation de l'énergie. En effet, l'énergie permettant de satisfaire nos besoins essentiels (nous chauffer, nous éclairer, etc.) doit être amenée à l'utilisateur, par des canalisations et des réseaux qui vont traverser, en sous-sol ou en aérien, des biens appartenant à des personnes publiques ou à des personnes privées. Cette étude se consacrera aux biens appartenant à des personnes privées et ne seront pas envisagées les éoliennes et les biomasses.

2 - La matière est régie par le Code minier, le Code de l'environnement, le Code de l'urbanisme, le Code de la construction et de l'habitation pour le droit de surplomb et, pour une grande part, par le Code de l'énergie. Ces servitudes obéissent-elles à un régime commun ? Appréhendons ces servitudes en commençant par un travail de qualification (1) avant d'envisager leur régime (2).

## 1. Servitudes au service de l'énergie : une qualification commune ?

### A. - Les éléments juridiques de qualification

3 - Suivant l'article 637 du Code civil, « *une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire* ». Il s'agit d'une charge imposée à un fonds au profit d'un autre fonds, un droit réel grevant les immeubles à l'exclusion des meubles et immeubles par destination. La servitude suppose deux fonds distincts appartenant à des propriétaires différents.

4 - Sa source peut être la situation naturelle (que nous laisserons de côté dans notre exposé), la loi ou la convention.

La servitude légale peut avoir pour objet l'utilité des particuliers et relèvera des articles 637 et suivants, ou l'utilité publique et relèvera dès lors de l'article 650. Cet article précise que tout ce qui concerne ces servitudes est déterminé par des lois ou des règlements particuliers. Les servitudes sont donc légales ou conventionnelles, privées ou administratives.

À l'aune de ces critères, dressons un panorama des charges en présence afin de définir s'il s'agit d'une servitude et, dans cette hypothèse, si elle est légale ou conventionnelle, privée ou administrative.

1 *L. n° 2023-175, 10 mars 2023, relative à l'accélération de la production d'énergies renouvelables* : JO 11 mars 2023, texte n° 1 ; *JCP N 2023, n° 12, act. 423.*

## B. - Les critères de qualification appliqués aux charges existantes au service de l'énergie

5 - Nous identifierons pour notre analyse les charges suivantes :

- la traversée des propriétés privées par les ouvrages de transport et de distribution de l'électricité (C. énergie, art. L. 323-3 et s.), du gaz (C. énergie, art. L. 433-5 et s.), de l'énergie hydraulique (C. énergie, art. L. 521-7 et s.), la distribution de chaleur et de froid (C. énergie, art. L. 721-1 et s.) ;
- les canalisations de transport de gaz naturel ou assimilé, d'hydrocarbures et de produits chimiques, du Code de l'environnement ;
- celles résultant de l'activité minière des articles L. 153-1 et suivants du Code minier ;
- et enfin, le droit de surplomb de l'article L. 113-5-1 du Code de la construction et de l'habitation.

6 - **Les critères envisagés dans la définition des servitudes.** – Les Codes de l'énergie, de l'environnement et minier visent des servitudes d'ancrage, d'appui, de passage, d'abattage d'arbres, de branches, d'occupation temporaire, d'aqueduc, de submersion, etc. Ces servitudes n'avoquent pas de fonds servant, mais s'attachent plutôt à la qualité du bénéficiaire. Le législateur aide à la qualification de ces charges puisqu'il utilise le terme de servitude. Il nous manque un élément essentiel pour caractériser une servitude de droit privé, un fonds dominant. Il est établi depuis de nombreuses années que les servitudes légales peuvent être constituées sans l'existence d'un fonds dominant<sup>2</sup>. Elles sont instituées pour la satisfaction d'un intérêt général au profit d'une personne publique.

Nous sommes donc en présence de servitudes légales administratives.

7 - **Le cas particulier du droit de surplomb.** – Le législateur n'a pas qualifié cet outil au service de la performance énergétique. Reprenons les éléments de qualification.

Deux fonds sont en présence : le bâtiment existant pour lequel le propriétaire souhaite améliorer la performance énergétique par une isolation extérieure et le fonds voisin surplombé. L'on comprend que si le propriétaire du bâtiment existant respecte les conditions d'application du texte, il bénéficie d'un droit de surplomb. Cette définition nous semble bien répondre à celle posée par l'article 637 du Code civil, une charge imposée par un fonds immobilier à un autre fonds immobilier.

En ce qui concerne sa source, il s'agit de la loi. Il s'agirait donc d'une servitude légale.

S'agit-il de la satisfaction d'un intérêt particulier ou public ? Si l'objectif de ce texte est la lutte contre le dérèglement climatique, donc un objectif d'intérêt général, il faut admettre que c'est bien un intérêt particulier, celui du fonds surplombant qui est satisfait.

Nous serions donc face à une servitude légale, de droit privé<sup>3</sup>.

8 - Pour s'en convaincre, je vous propose d'établir un parallèle avec la servitude légale de passage organisée par le Code civil. Messieurs François

2 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 30 avr. 1963 : Bull. civ. I, n° 239.

3 L. Leveneur et S. Mazzeaud-Leveneur, *Droit des biens – Le droit de propriété et ses démembrements* : LexisNexis, 2021, p. 258.

Terré et Philippe Simler écrivent à cet égard dans leur ouvrage de droit des biens : « Lorsque ces conditions sont réunies, la servitude résulte de plein droit de la loi au profit des fonds enclavés et pour les besoins de leur exploitation. Certes, à défaut d'accord entre les parties, le juge devra déterminer l'assiette de la servitude ainsi que l'indemnité due, mais la servitude elle-même préexiste à cette détermination »<sup>4</sup>.

9 - En conclusion, les servitudes au service de l'énergie sont des servitudes légales administratives, d'utilité publique, là où la servitude de surplomb serait une servitude légale privée.

## 2. L'incidence de cette qualification sur le régime des servitudes au service de l'énergie

### A. - Le mode d'acquisition

#### 1° L'usucapion

10 - L'article 690 du Code civil prévoit que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la possession de 30 ans. Qu'en est-il pour les servitudes légales ?

La Cour de cassation a répondu à cette question dans un arrêt de cassation du 7 mars 2007<sup>5</sup> relatif à un contentieux entre des propriétaires et EDF qui prétendait pouvoir usucaper, au visa des articles 649, 650 et 690 du Code civil et de la loi du 15 juin 1906, article 12<sup>6</sup> : « **les règles dérogatoires résultant de l'article 12 de la loi du 15 juin 1906 excluent le recours à celles régissant les servitudes de droit privé instituées pour l'utilité des particuliers.** »

11 - **L'usucapion en matière de droit de surplomb.** – Le surplomb existe de plein droit dès lors que les conditions du texte sont réunies. La question de son acquisition par le biais de la prescription ne peut pas ou ne devrait pas trouver à s'appliquer<sup>7</sup>. Pouvons-nous à nouveau raisonner par analogie avec la servitude légale d'enclave ?

Dans un arrêt du 12 janvier 1995, la cour d'appel de Limoges<sup>8</sup> a considéré que l'usucapion n'était pas possible du fait du caractère discontinu de la servitude de passage. En effet, la servitude doit être apparente et continue pour pouvoir faire l'objet d'une prescription acquisitive. La question qui pourrait se poser, en réalité, n'est pas celle de l'acquisition du droit de surplomb, mais de la prescription de l'assiette de ce droit de surplomb. C'est donc plutôt l'assiette d'un surplomb conventionnel qui serait alors acquise par prescription. L'ouvrage étant apparent et maintenu à demeure de manière continue, les conditions édictées par l'article 690 sembleraient réunies puisque

4 Fr. Terré et Ph. Simler, *Droit civil – Les Biens : Précis Dalloz*, 4<sup>e</sup> éd., n° 289, p. 186.

5 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 mars 2007, n° 05-18.057 : JurisData n° 2007-037925 ; *Procédures 2007*, comm. 144, note J. Junillon.

6 L. 15 juin 1906, codifiée au C. énergie, art. L. 323-1 et s.

7 Planiol et Ripert, t. III, 2<sup>e</sup> éd., 1952 par M. Picard, n° 936 : « La servitude de passage en cas d'enclave résultant directement de la loi, il ne saurait être question de son acquisition par prescription. »

8 CA Limoges, 12 janv. 1995 : JurisData n° 1995-040103.

la servitude serait apparente et continue. La prescription devrait être exercée de manière non équivoque, continue et paisible durant 30 ans ; la prescription écourtée n'étant pas admise en la matière.

## 2° Établissement par un titre et aménagement conventionnel des servitudes

### a) Une convention est-elle possible ?

12 - À l'exception du droit de surplomb, ces servitudes sont administratives et tout ce qui les concerne est déterminé par des lois ou des règlements particuliers. Elles sont considérées comme d'ordre public. En interrogeant les Codes de l'énergie, de l'environnement et minier, force est de constater que le législateur a concédé une grande place aux accords des parties. La procédure est quasi identique :

- une déclaration d'utilité publique de travaux est prononcée ;
- le pétitionnaire, à défaut d'accord avec au moins un des propriétaires intéressés, présente une requête indiquant les propriétés qui doivent être atteintes par les servitudes ;
- les servitudes seront alors établies par arrêté préfectoral.

S'il parvient à un accord, le pétitionnaire n'aura pas besoin de poursuivre la procédure permettant d'instaurer ces servitudes par arrêté préfectoral. L'idée sous-jacente est d'alléger la procédure. La jurisprudence admet depuis longtemps la licéité d'un tel contrat<sup>9</sup>.

### b) Les textes peuvent-ils être aménagés ?

13 - **La possible organisation conventionnelle des moyens de communication entre les parties.** – Par exemple, l'article D. 323-16<sup>10</sup> prévoit que le propriétaire d'un terrain grevé de servitudes doit, avant d'entreprendre tous travaux, prévenir le gestionnaire du réseau public de distribution concerné. La convention pourrait prévoir un article sur la notification (la personne auprès de laquelle notifier, la possibilité d'une notification électronique...) ; les documents à transmettre en cas de travaux. Si l'on imagine que le propriétaire envisage de réaliser les travaux listés dès à présent, la convention pourrait intégrer le consentement du gestionnaire et la définition de ces travaux.

14 - L'article R. 323-20 du Code de l'énergie<sup>11</sup> dispose également que le champ d'application des servitudes peut être adapté dans les limites fixées au précédent alinéa en fonction des caractéristiques des lieux. Le rédacteur pourrait sans doute adapter ces servitudes à un environnement particulier, en raison de sa pente, son enneigement, le caractère du sous-sol, etc. Les conventions pourront également avoir pour objet de définir précisément le périmètre de la servitude, le tracé précis de la canalisation...

9 JCl. Administratif, fasc. 390 : *Les servitudes administratives, théorie générale*, par J.-Ch. Car, n° 28.

10 C. énergie, art. D. 323-16 : « Le propriétaire d'un terrain grevé de servitudes doit, avant d'entreprendre tous travaux de démolition, réparation, surélévation, toute clôture ou tout bâtiment mentionnés à l'article L. 323-6, en prévenir par lettre recommandée, au moins un mois avant le début des travaux, le gestionnaire du réseau public de distribution concerné. »

11 C. énergie, art. R. 323-20 : « [...] Le champ d'application des servitudes peut être adapté dans les limites fixées au précédent alinéa en fonction des caractéristiques des lieux. »

15 - Les textes visent, en plus des servitudes, une convention d'occupation temporaire. Elle demeure régie par un texte spécifique, la loi du 29 décembre 1892 relative aux dommages causés à la propriété privée par l'exécution des travaux publics. Cette loi envisage, comme pour les servitudes, l'accord des parties.

Par exemple, l'article 9<sup>12</sup> prévoit une durée maximale de 5 ans. Au-delà, l'Administration devra procéder à l'expropriation, sauf accord amiable. Cette formulation est ambiguë car on ne comprend pas si l'accord doit porter sur le dépassement de la durée ou le caractère amiable de la cession.

### c) Les limites de l'accord des parties

16 - Le notaire qui serait amené à rédiger une convention de cette nature devra s'interroger sur les contraintes imposées au fonds servant et s'assurer que la convention qu'il rédige n'est pas de nature à aggraver les conditions édictées par les textes, voire à interdire au fonds servant de pouvoir user de son bien.

Le Conseil constitutionnel, dans une décision du 2 février 2016, s'est prononcé sur la constitutionnalité des servitudes des articles L. 323-1 et suivants du Code de l'énergie au regard des articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789. Il décide que ces « *servitudes ne constituent pas une privation de propriété, mais une limitation apportée à l'exercice du droit de propriété ; qu'il en serait toutefois autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir, compte tenu de l'ampleur de ses conséquences sur une jouissance normale de la propriété grevée de servitude, à vider le droit de propriété de son contenu* »<sup>13</sup>.

17 - Qu'en est-il pour le droit de surplomb ? L'article L. 113-5-1 prévoit que les modalités de mise en œuvre du droit de surplomb sont constatées par acte authentique ou par décision de justice. Ce surplomb s'accompagne d'un droit d'accéder temporairement à l'immeuble voisin et d'y mettre en place les installations provisoires strictement nécessaires à la réalisation des travaux. Les modalités de ce droit sont définies par une convention. Ce texte s'apparente, dans l'esprit, aux conventions envisagées précédemment. Un accord est recherché et une convention d'occupation temporaire définira les modalités d'occupation temporaire et d'accès au bien.

18 - Quelle est en ce domaine la liberté des parties ? Sans nul doute, la même que celle évoquée précédemment, un surplomb tel qu'il emporte une dépossession du fonds servant ou qui priverait d'utilité son fonds. Le texte prévoit la faculté de déroger à la règle des 2 mètres au moins au-dessus du pied du mur, du pied de l'héberge ou du sol. En revanche, pour ce qui concerne les 35 centimètres, il mentionne « *35 centimètres au plus* » sans faire référence à un quelconque accord. Faut-il comprendre que le législateur n'autorise pas les parties à déroger à cette règle ? Serait-ce là la limite au-delà de laquelle commencerait la dépossession ou l'empiètement excessif ?

12 L. 29 déc. 1892, art. 9 : « L'occupation des terrains ou des carrières nécessaires à l'exécution des travaux publics ne peut être ordonnée pour un délai supérieur à cinq années.

Si l'occupation doit se prolonger au-delà de ce délai, et à défaut d'accord amiable, l'administration devra procéder à l'expropriation, qui pourra aussi être réclamée par le propriétaire dans les formes prescrites par la loi du 3 mai 1841. »

13 Cons. const., 2 févr. 2016, n° 2015-518 QPC, Assoc. Avenir Haute Durance : *JurisData* n° 2016-001737 ; *Énergie - Environnement - Infrastr.* 2016, comm. 27, note J.-S. Boda.

19 - Une fois encore, raisonnons par analogie avec la servitude légale d'enclave.

La 3<sup>e</sup> chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 3 juillet 1969<sup>14</sup>, a décidé que : « *d'une part, si la servitude de passage existe de plein droit en faveur d'un fonds enclavé et grève tous les fonds qui l'entourent, il n'en est pas de même de l'assiette de ce passage, qui, à défaut d'entente entre les parties intéressées, ne peut être déterminé que par le juge conformément aux prescriptions de l'article 683 du Code civil.* » Ce sont donc les parties ou le juge qui doivent amiablement définir les modalités de mise en œuvre du droit légal d'enclave. Plusieurs auteurs<sup>15</sup> considèrent que les tribunaux ont largement interprété les textes en s'écartant de la contrainte du Code civil de mode direct pour autoriser un passage au-dessus de la propriété, ou au-dessous de la propriété ou de considérer que le passage ne s'exercerait pas nécessairement sur un fonds contigu. Ce qui importe, c'est que le passage soit indispensable à l'exploitation du fonds.

Cette approche semble transposable au droit de surplomb. Dès lors que les conditions de son application sont réunies, il est constitué et la convention aura pour objet d'en organiser les modalités, ce qui importerait c'est que l'ouvrage soit indispensable à l'isolation. La limite est celle de la dépossession du fonds surplombé de son droit de propriété. Elle sera affaire de contexte. Le surplomb d'un balcon en copropriété doit très certainement s'analyser de manière différente de celui d'un grand terrain jouxtant un pavillon.

20 - Ces conventions relèveront-elles du droit privé ou, au contraire, seront-elles soumises à la compétence administrative ? Dans une décision du 17 décembre 2012<sup>16</sup>, le Tribunal des conflits a décidé que « *cette convention ne contient aucune clause exorbitante du droit commun et n'associe pas [le propriétaire] à l'exécution du service public de distribution d'électricité [Elle] a le caractère d'un contrat de droit privé [et relève] de la compétence des juridictions de l'ordre judiciaire* ». Le 99<sup>e</sup> Congrès des notaires relève que la convention qui organise une servitude légale « *ne sera pas la source de la servitude, mais uniquement son régime* »<sup>17</sup>.

## B. - L'indemnisation du propriétaire du fonds servant

21 - La qualification de servitude légale administrative a-t-elle une incidence sur le droit à indemnisation du propriétaire du fonds servant ? Oui, suivant une jurisprudence constante ancienne, les servitudes d'utilité publique, quelque gêne ou préjudice qui en résulte, ne donnent pas droit à indemnité, à moins qu'un texte formel ne l'accorde<sup>18</sup>. Il convient donc une fois encore d'interroger les textes afin de rechercher si une indemnisation est prévue, ce qu'elle recouvre et à qui elle profite.

14 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 juill. 1969, n° 68-10.044 : Bull. civ. III, n° 549.

15 Ph. Malaurie, L. Aynès et M. Julienne, *Droit des biens* : LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., n° 481, p. 356.

16 T. confl., 17 déc. 2012, n° 3871 : *JurisData* n° 2012-029925 ; *Procédures* 2013, comm. 89, note S. Deygas.

17 99<sup>e</sup> Congrès des notaires de France, *La vente d'immeuble. Sécurité et transparence*, mai 2003, n° 1151, p. 127.

18 CE, 5 févr. 1857 : DP 57, 3, 74. – Fr. Terré et Ph. Simler, *Droit civil – Les Biens* : Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., n° 355, p. 214.

Un régime commun se dessine aux servitudes d'électricité, de gaz, hydrauliques, géothermiques. Les textes précisent que l'institution de ces servitudes ouvre droit à indemnisation si elles entraînent un préjudice direct, matériel et certain. L'indemnité due à raison de ces servitudes est fixée, à défaut d'accord amiable, par le juge de l'expropriation. Pour ce qui concerne le droit de surplomb et sa convention d'occupation temporaire, le texte prévoit qu'une indemnité préalable est due, fixée par le juge à défaut d'accord amiable.

22 - Plusieurs observations :

- les textes envisagent l'accord amiable. Les conventions pourront vraisemblablement organiser les modalités de l'indemnisation du propriétaire ;
- la compétence en la matière sera celle du juge judiciaire. Le Tribunal des conflits l'a rappelé dans une décision du 14 juin 2021<sup>19</sup>. Il dresse une ligne de répartition : « *Si les conséquences des dommages purement accidentels causés par les travaux de construction, de réparation ou d'entretien des ouvrages relèvent de la compétence des juridictions administratives, en revanche, les juridictions judiciaires sont seules compétentes pour connaître des dommages qui sont les conséquences certaines, directes et immédiates des servitudes instituées au profit des concessionnaires de distribution d'énergie* » ;
- le bénéficiaire de cette indemnisation : le propriétaire, le titulaire de droits réels ou ses ayants droit à raison du préjudice qu'il subit du fait des charges imposées à son bien. L'exploitant pourra également être indemnisé s'il est pourvu d'un titre régulier ;
- le préjudice indemnisé : le propriétaire aura droit à une indemnisation en cas de préjudice direct, certain et matériel. Dans sa décision, le Tribunal des conflits dresse une liste des dommages qui sont les conséquences certaines, directes et immédiates des servitudes : « *la dépréciation de l'immeuble, les troubles de jouissance et d'exploitation, la gêne occasionnée par le passage des préposés à la surveillance et à l'entretien* » ;
- lorsque le paiement incombe à une collectivité publique, l'action en indemnité se prescrit dans un délai de 2 ans à compter du jour de la déclaration de mise en service de l'ouvrage.

## C. - La publicité

23 - L'article 1638 du Code civil impose au vendeur d'informer l'acquéreur des servitudes existantes, à défaut de quoi, pour les servitudes non apparentes, l'acquéreur peut obtenir la résiliation de la vente ou une indemnité. Il est donc important de pouvoir les recenser. Elles peuvent résulter d'un arrêté pris après déclaration d'utilité publique ou d'une convention.

### 1° Les servitudes d'origine réglementaire

24 - L'arrêté devra être notifié au pétitionnaire et affiché en mairie, puis notifié par le pétitionnaire à chaque propriétaire concerné et à chaque exploitant pourvu d'un titre (*V. par ex. C. énergie, art. R. 323-14, R. 433-4 et R. 433-9 et s.*). Après l'exécution de ces formalités de publicité, le pétitionnaire est autorisé à exercer les servitudes (*V. par ex. C. énergie,*

19 T. confl., 14 juin 2021, n° 4208. – T. confl., 5 déc. 2022, n° 4253 : *Dr. adm.* 2023, comm. 19, note G. Eveillard.

art. R. 323-15 et R. 433-10). Il en est de même pour la convention d'occupation temporaire.

## CONSEIL PRATIQUE

→ **Point important pour les praticiens : les articles L. 151-43 et R. 151-51 du Code de l'urbanisme disposent que les PLU comportent en annexe les servitudes d'utilité publique affectant l'utilisation du sol et figurant sur une liste dressée par décret en Conseil d'État. Parmi cette liste figurent les servitudes relatives à l'utilisation de certaines ressources et équipements. On y trouve les servitudes applicables aux domaines de l'électricité, du gaz, de l'énergie hydraulique, des réseaux de chaleur et de froid, des canalisations de transport de gaz naturel ou assimilé, d'hydrocarbures et de produits chimiques.**

25 - Le notaire peut avoir connaissance de ces servitudes en interrogeant le PLU. Il convient de combiner cette consultation avec la détention d'un certificat d'urbanisme d'information. Ce certificat doit indiquer les limitations administratives au droit de propriété et il a pour effet, durant 18 mois, de cristalliser les règles applicables à sa date de délivrance (C. urb., art. L. 410-1, 4<sup>e</sup> al.). Cette cristallisation des règles joue pour les servitudes d'utilité publique.

L'existence d'un transformateur et d'une convention peut être révélée par l'interrogation d'ENEDIS.

### 2° Les servitudes d'origine conventionnelle

26 - On la vu, le législateur fait la part belle à l'accord amiable et les servitudes d'énergie pourront donc être constituées par convention. Pour ce qui concerne le droit de surplomb, ses modalités de mise en œuvre sont constatées par acte authentique ou par décision de justice publié pour l'information des tiers au fichier immobilier. Il en est de même pour le passage des canalisations de transport et de distribution de chaleur et de froid puisque l'article L. 721-8 du Code de l'énergie dispose que les actes établissant les servitudes sont publiés au fichier immobilier et qu'elles ne sont opposables qu'à compter de cette publicité.

La détention d'un état hypothécaire permettra de recenser les servitudes qui auraient pu être publiées.

## D. - L'extinction

27 - Le Code civil prévoit plusieurs causes d'extinction des servitudes : la confusion, l'inutilité, le non-usage trentenaire (C. civ., art. 703 [inutilité], 705 [confusion] et 706 [non-usage trentenaire]). Ces cas s'appliquent-ils aux servitudes d'énergie ? La Cour de cassation a déjà eu à se prononcer et décide que les servitudes légales administratives ne s'éteignent pas par le non-usage<sup>20</sup>. Il convient donc d'interroger les textes afin de définir ce qui est envisagé concernant la servitude considérée.

28 - Qu'en est-il pour le droit de surplomb ? :

- le droit de surplomb emporte le droit de passer sur le fonds voisin et d'y mettre en place les installations provisoires strictement nécessaires. Le législateur souligne le caractère temporaire de ce droit. Il appartiendra à la convention d'encadrer dans le temps ce droit. Ne conviendrait-il pas, également, d'organiser de manière pérenne le droit d'accéder à l'ouvrage surplombant afin de l'entretenir, le réviser, le réparer... ;
- ce droit de surplomb s'éteint par la construction d'un nouvel ouvrage. On doit sans doute comprendre que cette nouvelle construction assurera le même effet isolant que l'ouvrage surplombant et qu'il y a donc lieu que le droit de surplomb s'éteigne. Ce cas d'extinction pourrait-il être encadré ? Pourrait-on envisager que les frais soient répartis de manière différente ? Qu'une expertise soit menée pour s'assurer que les performances de l'isolation seront identiques ? ;
- le texte prévoit également l'extinction de ce droit par la destruction du bâtiment faisant l'objet de l'ouvrage d'isolation.

## Conclusion

29 - Pour conclure, malgré la diversité des servitudes au service de l'énergie, on peut constater une certaine homogénéité dans leur régime. Le droit de surplomb, quant à lui, semble présenter une nature hybride, empruntant tout à la fois à la philosophie de ces servitudes, avec notamment sa convention d'occupation, et aux servitudes privées, par sa constitution entre deux fonds privés. Peut-être faut-il y voir le signe de l'avènement de nouvelles servitudes au service de la politique énergétique, qui présenteraient un caractère hybride, à l'instar des servitudes de cour commune.

## L'essentiel à retenir

- La détention d'un certificat d'urbanisme d'information permet de révéler l'existence des servitudes d'utilité publique.
- L'interrogation d'ENEDIS permet d'identifier la présence d'un transformateur et l'existence d'une convention.
- Le rédacteur d'une convention au service de l'énergie devra toujours veiller à s'assurer que l'acte qu'il rédige ne prive pas le fonds servant de son usage et n'emporte pas dépossession.

<sup>20</sup> Le droit de passage résultant de la servitude légale d'enclave ne s'éteint pas par le non-usage : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 févr. 1975 : Bull. civ. III, n° 56. – Cass. 3<sup>e</sup> civ., 18 déc. 2002, n° 00-14.176 : JurisData n° 2002-017036, les servitudes imposées par l'autorité administrative lors de la division d'un fonds, poursuivant un intérêt général et ayant un caractère d'ordre public, ne sont pas éteintes par leur non-usage pendant 30 ans.