

PRESCRIPTION EXTINCTIVE DES CHEMINS ET SENTIERS APRÈS L'ARRÊT DE CASSATION DU 27.5.2021

Le présent article actualise ceux parus dans « Chemins Faisant » N° 25 (p 3 et suivantes) et N° 33 (p 4 et suivantes)

Introduction

Jusqu'en 2012 (voir [législation relative aux sentiers](#) et [décret 234](#)), les sentiers et chemins de l'atlas étaient prescriptibles s'ils n'étaient plus utilisés depuis 30 ans.

L'article 12 de la [loi Vicinale](#) du 10 avril 1841 stipulait que "*Les chemins vicinaux, tels qu'ils sont reconnus et maintenus par les plans généraux d'alignement et de délimitation, sont imprescriptibles aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public*".

La jurisprudence avait estimé que si un chemin ou un sentier (de l'atlas) n'était pas utilisé pendant une période de trente ans, il était de-facto supprimé.

Cela donnait lieu à un nombreux abus de propriétaires ou riverains. Ceux-ci utilisaient cet article pour s'accaparer, un sentier même s'il était encore utilisé en prétendant qu'il ne l'était pas

Cette possibilité de [prescription extinctive](#) a été supprimée le 1/9/2012 par le [Décret 234](#), mais ce décret n'a pas d'effet rétroactif. Certains propriétaires invoquent encore la prescription d'un sentier sous prétexte que personne n'y est passé entre par exemple entre le 1.9.1982 et le 31.8.2012 (le décret 234 est entré en application le 1.9.2012)

La [jurisprudence](#) de la Cour de Cassation ([13/01/1994](#), [28/10/2004](#) et [15/11/2010](#)) attribue néanmoins à celui qui prétend qu'un sentier n'a plus été utilisé la charge d'en faire la preuve. La doctrine y relative (Mme D Deom) considère cette preuve comme "quasi diabolique". L'arrêt du [13/01/1994](#) précise aussi que des faits sporadiques de passage suffisent à pérenniser l'existence juridique du sentier ou chemin.

Le point de la situation en jurisprudence et doctrine

Dans un article de juin 2018, la juriste spécialiste du droit de la voirie à l'Union des Villes et communes de Wallonie, Ambre Vassart posait la question de savoir si une voirie publique peut encore disparaître par non-usage aujourd'hui ? Dans le Sillon belge du 28 février, un article pseudo-juridique était titré « comment liquider un sentier pédestre... »

IMPRESCRIPTIBILITE ou INTERDICTION DE SUPPRIMER ?

Force est de constater avec Ambre Vassart que dans quasi toutes les communes il existe bon nombre d'accapareurs de voiries (que ce soient des chemins ou des sentiers) qui prétendent que des servitudes publiques de passage figurant à l'[atlas des chemins vicinaux](#), voire même des chemins dont l'assiette est communale, ont disparu et que le tracé leur appartient désormais. L'article 30 du décret « voirie » du 6 février 2014 prévoit pourtant que « les voiries communales ne peuvent pas être supprimées par prescription ». Qu'en est-il ?

Il est exact qu'une controverse était bien née tant au niveau de la jurisprudence que de la doctrine depuis l'entrée en vigueur du décret du 3 juin 2011 (qui avait rendu les voiries vicinales imprescriptibles) et du décret du 6.2.2014 qui a englobé la voirie vicinale et la voirie innommée dans la « voirie communale » frappée du principe de l'imprescriptibilité générale accordée au domaine public prévue à l'article 2226 du [code Civil](#).

Avant l'entrée en vigueur du décret du 3.6.2011 (le 1.9.2012) l'article 12 de la loi du 10 avril 1841 sur les chemins vicinaux stipulait que « les chemins vicinaux [...] sont imprescriptibles aussi

longtemps qu'ils servent à l'usage public [...] ». Il s'agissait là d'une exception aux dispositions de l'article 2226 du [code Civil](#) qui stipule « On ne peut prescrire le domaine des choses qui sont hors commerce. »

En effet l'article 2226 du [code Civil](#) (qui reste maintenu malgré l'entrée en vigueur au 1.9.2021 du Code du Droit des Biens) ne permet pas d'acquérir par usucapion (prescription) des biens « hors commerce » dont le domaine public car, dans l'esprit du code civil napoléonien (cet article n'a jamais changé depuis lors) la circonstance que le public cesserait pendant 30 ans de faire usage d'un bien qui lui est destiné n'ôterait pas à ce bien son appartenance au domaine public (1)

Le décret du 3 juin 2011 a amputé l'article 12 de la loi de 1841 des mots « *aussi longtemps qu'ils servent à l'usage du public* », ce qui a eu pour conséquence que les chemins et sentiers vicinaux devenaient désormais imprescriptibles comme l'étaient déjà auparavant toutes les autres catégories de voirie, dont la voirie innommée (en application de l'article 2226 du [code Civil](#) (1) (2).

Le décret du 6 février 2014 n'utilise pas le mot « imprescriptibilité » pour les voiries communales comme il n'existait aucune disposition autre que l'article 2226 du Code civil pour déterminer que les voiries innommées sont imprescriptibles. Par contre l'article 30 interdit de supprimer des voiries communales par prescription. Trop d'auteurs voient dans cette disposition une simple consécration de l'imprescriptibilité de la voirie communale déjà voulue par le décret 234 du 3.6.2011. Elle l'est certes (mais en vertu de l'article 2226 du code civil) car la portée de l'article 30 du décret du 6.2.2014 est autre : Cet article érige en infraction le fait de contribuer de quelque manière que ce soit à prescrire une voirie communale. Ce n'est pas simplement consacrer le principe de l'imprescriptibilité, c'est punir celui qui passe outre et prescrit malgré l'interdiction. L'article 30 a une portée pénale alors que l'imprescriptibilité décidée par le décret 234 du 3.6.2011 n'était qu'un principe de droit.

L'article 30 est en réalité une disposition qui est visée par l'article 60 du décret du 6.2.2014, lequel décrit les infractions sanctionnables par le décret et notamment le fait de supprimer une voirie sans l'accord du conseil communal (qui y est expressément cité). Supprimer une voirie en l'incorporant dans sa propriété sans l'accord du conseil communal ou la supprimer par prescription (sans l'accord du conseil communal) comme l'interdit l'article 30 relève de la même action prohibée par le décret. Or l'article 60 bénéficie de la qualité de disposition d'ordre public applicable immédiatement à tous, y compris au juge.

COMPETENCE DU JUGE ou DECLINATOIRE DE JURIDICTION ?

Il existait une controverse que la Cour de Cassation a tranché le 27.5.2021 (27) La controverse consistait à savoir si le juge restait compétent pour trancher une prescription éventuelle d'un chemin ou sentier de l'atlas échue avant le 1.9.2012 ou s'il devait décliner encore pouvoir juger pareil litige au profit du conseil communal désormais compétent exclusivement.

La justice de paix de Dinant (3) dans l'affaire des sentiers de Dréhance et dans un dossier relatif à deux sentiers d'Yvoir avait fait valoir le déclinatoire de juridiction. Dans le cas de Dréhance le tribunal d'appel à Namur n'avait pas suivi la juge de paix. ,

Lorsqu'est évoquée encore à ce jour la question de la possibilité ou non de supprimer actuellement un chemin ex-vicinal par prescription , la partie de la doctrine qui soutient l'actualité de cette possibilité précise évidemment qu'il s'agit uniquement des chemins et sentiers de l'atlas dont le non-usage est prouvé pendant 30 ans avant le 1.9.2012 (date d'entrée en vigueur du décret 234 du 3.6.2011) et cette partie des auteurs argumente en s'appuyant sur l'avis du Conseil d'Etat émis dans le cadre du décret 234(section législation), lorsqu'il a examiné l'imprescriptibilité des voiries dans le cadre de son avis rendu sur le décret du 3 juin 2011[4].

Ainsi, selon le Conseil d'Etat, « ***Il va cependant de soi que l'entrée en vigueur du décret n'aura pas pour effet, conformément au droit commun, de remettre en cause les droits acquis antérieurement à cette entrée en vigueur sans qu'il soit nécessaire de le préciser expressément*** ».

C'est sur la portée de cet avis de la section de législation du Conseil d'Etat que les opinions ont divergé jusqu'à l'arrêt de cassation du 27 mai 2021 et divergent toujours car l'arrêt de cassation comporte des lacunes et des contradictions par rapport à la jurisprudence de cette Cour.

Qu'est-ce qu'un droit acquis antérieurement ? Est-ce la simple affirmation du « possesseur » qui empêche le passage en prétextant qu'on n'y passe plus depuis 30 ans avant le 1.9.2012 ? Est-ce un jugement antérieur au 1.9.2012 attestant le non-usage du chemin ? (sans même évoquer les cas où ce jugement a été pris à la demande d'un prétendu possesseur avec parfois la complicité d'une autorité communale requise à l'audience du juge et évidemment sans la moindre enquête publique.)

THESE DE LA COMPETENCE MAINTENUE DU JUGE

La partie de la doctrine et de la jurisprudence qui affirme qu'il serait toujours possible de supprimer un chemin ex-vicinal en prouvant à ce jour qu'il n'a pas été utilisé pendant 30 ans avant le 1.9.2012 considère que si cette absence de passage pendant 30 ans avant le 1.9.2012 est corroborée par des témoignages, le chemin ou le sentier ex-vicinal peut être supprimé sur base de l'ancienne mouture de l'article 12 de la loi du 10.4.1841 et que cette possibilité peut encore trouver à s'appliquer sans limite temporelle devant un juge pour autant que la non-utilisation prétendue remonte à une période de 30 ans antérieure au 1.9.2012.

La doctrine et la jurisprudence qui soutiennent cette thèse font peu de cas de la jurisprudence définie par la Cour de Cassation dans ses arrêts du 13.1.1994 (Plombières/ consorts Leclercq) et du 28.10.2004 qui met à charge du prétendu possesseur d'un chemin ou sentier de l'atlas de faire la preuve que nul n'y est passé pendant 30 ans alors que des faits sporadiques de passage suffisent à maintenir la voirie vicinale concernée. Le premier de ces arrêts a permis à Mme Diane Déom, dans un article de doctrine commentant cet arrêt de préciser qu'il sera dorénavant « quasi-diabolique » de pouvoir prouver que nul n'y est passé depuis 30 ans.

En effet cela suppose soit l'érection depuis plus de 30 ans d'un bâtiment en travers du chemin ou sentier ou une vidéo par caméra 24h sur 24 (les caméras de surveillance sont apparues bien plus tard) et non de simples embroussailllements du passage ou des clôtures placées en travers par le prétendu possesseur.

On doit malheureusement déplorer trop de jugements postérieurs à ces arrêts de cassation qui n'en tiennent nullement compte et se contentent de témoignages de complaisance fournis par les seuls usurpateurs de voirie vicinale sans qu'une partie « adverse » autre qu'un pouvoir communal parfois complice ne soit présente au prétoire.

C'est ce type de dérive (à Mortroux) qui a mené au décret 234 mais cela continue (arrêt de la justice de paix de Laroche dans le dossier des chemins du bois de Harre) Les défenseurs des chemins et sentiers apprennent après coup qu'un juge a décidé, sans qu'ils soient invités au prétoire, que des chemins ou sentiers de l'atlas n'existent plus. C'est pour mettre fin à ces abus de type féodal que le législateur wallon a adopté le décret du 3.6.2011 mais il reste du chemin à parcourir pour que cesse partout cette spoliation endémique du domaine public.

On peut donc souscrire à la conclusion qu'en tire Ambre Vassart dans son article précité en ces termes : « *L'interprétation à donner semble donc être celle du conseil d'Etat, c'est-à-dire l'interprétation qui veut que toutes les voiries entièrement disparues conformément aux règles dégagées par la jurisprudence avant l'entrée en vigueur du décret du 3 juin 2011 ont bel et bien disparu puisque les délais sont échus et que la prescription, une fois ses conditions de réalisation remplies, n'a pas besoin d'être confirmée par un acte. Pour rappel, l'abandon de la voirie doit avoir été total et pendant 30 années pour avoir pu mener à sa disparition* ».

Cette conclusion exige donc : disparition totale et entière de la voirie respectant notamment les

conditions des arrêts de cassation des 13.1.1994 et 28.10.2004 antérieurs au décret 234 (c à d la preuve qu'il n'y a même pas eu un passage même sporadique car un seul témoignage de passage entre le 1.9.1982 et le 31.8.2012 suffit pour ruiner la prétention du prétendu possesseur. S'il ne faut donc pas d'acte administratif constatant pareille absence d'utilisation, la jurisprudence des deux arrêts de cassation exige cependant une décision judiciaire fixant les droits (c à d constatant la non-utilisation trentenaire) et pas le simple écoulement du temps de la prescription estimé par le prétendu possesseur.

La nouveauté enseignée par l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 mai 2021 est que cet arrêt de justice relatif à une non-utilisation trentenaire d'un chemin ou sentier de l'atlas avant le 1.9.2012 peut être pris ad vitam aeternam après le 1.9.2012. (voir plus loin l'analyse de l'arrêt)

DILEMME POUR LE JUGE

Le juge de paix se trouvait alors coincé entre deux logiques :

a) Se déclarer compétent

Se déclarer juridictionnellement compétent et utiliser la loi vicinale antérieure au décret 234 du 3.6.2011 si la non-utilisation alléguée remonte à 30 ans avant l'entrée en application du décret précité(1.9.2012) et constater, si les preuves sont probantes, la non-utilisation éventuelle du chemin ou sentier de l'atlas pendant 30 ans avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en risquant de ce fait d'être poursuivi sur base de l'article 30 du décret du 6.2.2014 qui lui interdit comme à quiconque depuis le 1.4.2014 de supprimer une voirie communale par prescription (l'acte de constat étant quant à lui postérieur à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions.)

La question qui se pose est évidemment de savoir si l'acte de constat posé par le juge appelé à statuer actuellement équivaut ou pas à supprimer une voirie communale. Force est de conclure que ce constat a bien pour effet de supprimer juridiquement ladite voirie puisqu'il constate la prescription et que la suppression d'une voirie par prescription y est désormais prohibée par l'article 30 du décret. La Cour de Cassation, dans son arrêt du 27 mai 2021 n'aborde pas le caractère illicite, même pour un juge, de prescrire un chemin ou sentier après le 1.4.2014.

Comme l'indique Ambre Vassart, la jurisprudence était fort variée sur la question. A l'occasion de jugements récents [5], le juge jauge le décret du 6 février 2014 en rappelant que seules les lois d'ordre public peuvent contrevenir au prescrit de l'article 2 du code civil qui garantit la non-rétroactivité des lois.

Ces jugements estiment que pour tous les dossiers concernant des demande de constat de prescription écoulée avant l'entrée en vigueur du décret 234 le juge dispose toujours de la compétence de pouvoir constater cette prescription et d'évaluer si les conditions sont remplies. La Cour de Cassation vient de confirmer ce point de vue dans son arrêt du 27 mai 2021.

Ce faisant les juges négligent souvent les arrêts de cassation des 13.1.1994 et 28.10.2004 qui cadennassent pourtant nettement leur compétence.

Le juge constate alors la non-utilisation trentenaire et ajoute à son argumentaire pour se déclarer compétent : « *si une loi a un effet immédiat, en ce sens qu'elle s'applique aux effets futurs de situations nées sous le régime de la loi ancienne, elle n'a par contre pas vocation à remettre en cause les droits acquis antérieurement à son entrée en vigueur* »[6]. Des jugements de justice de paix similaires ne font pas grand cas non plus de la jurisprudence de la Cour de Cassation concernant la preuve de la non-utilisation et appuient la même thèse [7].

b) Décliner toute compétence juridictionnelle

L'autre logique suivie par une partie des juges se déclare désormais privée de juridiction en refusant d'examiner le dossier de la prétendue non-utilisation de la voirie concernée. Ces juges argumentaient leur décision en déclarant que le nouveau décret du 6.2.2014 a en fait déchargé

l'ordre judiciaire de toute juridiction pour effectuer ce constat et ce au profit d'une décision administrative (communale). Quant aux juges qui refusent d'analyser la disparition de la voirie sous l'angle de la prescription [8], il semble que ceux-là considèrent en réalité qu'ils sont incompétents au regard de la procédure d'acte de constat mise en place par le législateur [9].

D'aucuns considéreraient que leur compétence pour trancher ces questions de prescription serait entretemps confirmée par le Ministre des pouvoirs locaux et de la ville, saisi de la question[10], puisque ce dernier rappelle que « *Dans le cadre des articles 27 à 29 du décret du 6 février 2014 relatif à la voirie communale, visant la création d'une voirie communale par prescription acquisitive, les communes peuvent être amenées à dresser un acte de constat de la création d'une servitude publique de passage alors qu'existe une décision judiciaire antérieure statuant sur ladite servitude. Dans cette hypothèse, tout comme lorsqu'il n'existe pas de décision judiciaire antérieure, tout différend quant à l'existence de ladite servitude pourra être soumis par toute personne estimant ses droits lésés, à l'autorité compétente que constituent les juridictions de l'ordre judiciaire.*

Cette autorité judiciaire devra alors trancher la question, dans les limites de l'autorité de chose jugée, au regard des éventuelles nouvelles circonstances de fait permettant d'orienter sa décision au moment où elle est tenue de statuer »[11].

Il est évident que la compétence du juge à pouvoir être saisi d'un dossier de création de voirie constaté par le conseil communal sur base de l'article 29 du décret reste intacte mais il ne s'agit pas de la même prescription. Le juge reste compétent effectivement pour déterminer s'il y a ou non prescription en faveur du domaine public d'un tracé prétendument utilisé par le public depuis 30 ans. Mais ce n'est pas du tout la prescription « extinctive » (suppression d'un chemin de l'atlas pour non-usage trentenaire) qui, contrairement à la prescription acquisitive, relève bien de l'interdiction formulée par l'article 30 du décret du 6.2.2014. L'interdiction de l'article 30 ne s'applique pas à une décision judiciaire contredisant le constat d'un conseil communal au sujet de l'usage trentenaire d'un chemin ne figurant pas à l'atlas. Par contre l'interdiction s'applique bien à la décision judiciaire qui constate après le 1.4.2014 la disparition d'un chemin ou sentier de l'atlas mais la Cour de Cassation n'en fait pas état dans son arrêt du 27 mai 2021.

DECISION PUREMENT ADMINISTRATIVE DESORMAIS

On ne doit pas non plus perdre de vue l'article 7 du décret voirie qui dispose que : « *sans préjudice de l'article 27, nul ne peut créer, modifier ou supprimer une voirie communale sans l'accord préalable du conseil communal ou, le cas échéant, du gouvernement statuant sur recours* ».

Comme le reconnaît une partie de la jurisprudence et de la doctrine, « *il en résulte que toute décision relative à la voirie communale, suite à l'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014 est purement administrative et qu'il n'appartient plus aux tribunaux de constater une éventuelle prescription (extinctive) , tout recours ressortissant du gouvernement wallon, autorité administrative ne dépendant pas du pouvoir judiciaire. Dès lors la demande sort de la compétence du pouvoir judiciaire* ».

Si supprimer une voirie communale sans l'accord préalable du conseil communal est interdit, il devrait en réalité être interdit d'introduire une action auprès du juge pour faire reconnaître après le 1.4.2014 une suppression de voirie. Celui qui voulait l'obtenir sur base de la modification législative entrée en vigueur le 1.9.2012 en Wallonie(où seul le principe de l'imprescriptibilité de la voirie vicinale a été décidé sans sanction) devait introduire la demande auprès du juge avant le 1.4.2014 (date d'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014) en faisant valoir les droits que l'avis du Conseil d'Etat sur le décret 234 lui reconnaissait encore s'il pouvait prouver que la non-utilisation remontait à 30 ans avant le 1.9.2012.

Mais encore faire valoir ce droit après le 1.4.2014 pose problème car le décret du 6.2.2014 a fusionné la voirie vicinale de 1841 avec la voirie communale innommée sous le régime d'imprescriptibilité de cette dernière. L'article 91 du décret dispose que : « *la voirie communale au sens de l'article 2, 1° du décret du 6.2.2014 comprend la voirie communale actuelle et la voirie vicinale au sens de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux* ». L'exception que comportait l'article 12 ancien de la loi vicinale au principe de l'imprescriptibilité aurait dès lors dû disparaître par le fait même sauf pour les dossiers de demande de constat de non-usage introduits auprès du juge avant le 1.4.2014. Force est de constater que la Cour de Cassation ne l'a pas vu ainsi.

Une lecture combinée s'impose pour les articles 80 (abrogation de la loi du 10.4.1841) , 91 alinéa 1er (ci-avant) et 91 alinéa 2, (ci-après) « *Les plans généraux d'alignement et de délimitation des chemins vicinaux au sens de la loi du 10.4.1841 sont consignés dans le registre communal prévu à l'article 9 § 1er.* »

En effet cela signifie de facto que la voirie vicinale n'existe plus mais que les plans que contenait l'atlas qui délimitait les chemins vicinaux sont versés dans le registre communal au même titre que les chemins communaux innomés et avec le même statut imprescriptible (sauf évidemment les voiries vicinales modifiées, supprimées par décision administrative ou judiciaires antérieures à l'entrée en vigueur du décret (1.4.2014).

DECLINATOIRE DE JURIDICTION DU JUGE : FONDEMENT

La recevabilité de la demande devant le tribunal s'apprécie au moment de son introduction. Si elle est postérieure au 1.4.2014, il serait normal que le juge puisse invoquer le déclinatoire de juridiction (même en appel) car le déclinatoire de compétence est d'ordre public et c'est donc à bon droit qu'il peut se déclarer sans juridiction pour connaître de l'action introduite.

L'article 17 du Code judiciaire stipule en effet : « *L'action ne peut être admise si le demandeur n'a pas qualité et intérêt pour la former* ». L'article 18 stipule « *L'intérêt doit être né et actuel* » La Cour de cassation précise « *L'intérêt à agir visé aux articles 17 et 18 du code judiciaire s'apprécie en fonction du moment où l'action est introduite* »(12).

L'article 556 du même Code judiciaire précise : « *Les cours et tribunaux connaissent de toutes les demandes, sauf celles qui sont soustraites par la loi à leur juridiction* ». Les articles 7 et 30 du décret du 6.2.2014 relatif à la voirie ont soustrait la matière à la compétence de l'ordre judiciaire puisque plus personne ne peut supprimer une voirie par prescription car cette compétence appartient désormais à l'ordre administratif, en l'occurrence le conseil communal et , sur recours, le gouvernement wallon. Or l'effet du constat formulé par un juge déclarant non-utilisé pendant 30 ans un chemin ou sentier de l'atlas a pour conséquence directe de supprimer à la date de son jugement ce chemin et est donc illicite et contraire à ces deux articles qui l'ont privé de la compétence juridictionnelle en la matière.

La Cour de Cassation a jugé « *La violation d'un intérêt ne peut donner lieu à une action en justice que si l'intérêt est licite ; celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite ; il n'est pas requis à cette fin que cette situation résulte d'une infraction commise par l'intéressé lui-même* » (13) .

Il importe évidemment de déterminer ici si les dispositions de l'article 7 et de l'article 30 du décret du 6.2.2014 sont ou non des dispositions d'ordre public : Est une norme d'ordre public une règle d'organisation de la vie sociale, à ce point importante qu'on ne peut y déroger, et à laquelle on est contraint de se soumettre. Selon la Cour de Cassation, (jurisprudence constante) « *sont d'ordre public les dispositions qui, assorties ou non de sanctions pénales, touchent aux intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ou qui fixent, dans le droit privé, les bases juridiques sur lesquelles repose l'ordre économique ou moral de la société* ». Les articles 7 et 30 du décret du 6.2.2014 ressortissent-ils à cette caractéristique d'ordre public ?

Contrairement aux considérations émises dans le jugement du Tribunal de Namur du 18.10.2016 (3) l'article 30 du décret du 6.2.2014 est bien une disposition à lier à l'article 60 du même décret (disposition pénale dont le caractère d'ordre public ne fait aucune doute) mais la Cour de Cassation n'exige pas nécessairement d'une disposition d'ordre public qu'elle soit à caractère pénal. Il faut que la disposition touche aux intérêts de la collectivité.

Or la liberté d'aller et venir sur la voie publique est une disposition constitutionnelle appuyée par la Convention européenne des Droits de l'homme et l'article 88.8° du Code rural qui la traduit dans les faits est aussi une disposition d'ordre public. Par conséquent tant les articles 7 que 30 du décret voirie du 6.2.2014 ressortissent tous deux aux dispositions d'ordre public mais ce n'est que quand la Cour de Cassation aura été saisie d'un cas lui permettant d'établir ce caractère d'ordre public de ces dispositions que l'incertitude juridique pourra être levée à ce propos. En attendant, la Cour de Cassation n'a pas soulevé ce point dans son arrêt du 27 mai 2021 alors qu'elle aurait pu le faire si la commune à la cause avait disposé d'un avocat pour défendre ce point de vue.

Malgré l'arrêt du cassation du 27 mai 2021 et n'en déplaise à celle-ci , il apparait que les juges qui invoqueraient encore le déclinatoire juridictionnel au vu des articles 7 et 30 du décret du 6.2.2014 agiraient dans le respect strict des dispositions légales qui s'imposent à eux comme à quiconque.

QUID DU DROIT TRANSITOIRE ?

Reste à déterminer si pareille décision constatant après le 1.4.2014 le non-usage trentenaire d'un chemin ou sentier de l'atlas de 1841 au 31.8.2012 ne contrevient pas au droit transitoire général en ce qui concerne la prescription.

La prescription est aussi d'ordre public (14) car elle est nécessaire à l'ordre social, au même titre que l'imprescriptibilité du domaine public.

Dominique Lagasse (15) rappelle judicieusement la position de la Cour de Cassation qui précise que « *l'usage du public ne suppose pas un passage fréquent du public*. Il reconnaît dans la foulée que « *il semble cependant que les juges du fond interprètent de façon raisonnable l'exigence de preuve de l'absence de tout passage même occasionnel par le public* » En fait la Cour de Cassation exige , selon Madame Déom (Note sous l'arrêt du 13.1.1994 de la Cour de Cassation (28) une preuve « *quasi-diabolique* » alors que des juges se contentent de témoignages raisonnables sans même rechercher de témoignages contradictoires quand la commune appelée à la cause est complaisante voire complice avec le prétendu possesseur.

D Lagasse souligne aussi la nécessité d'un abandon total sur toute la largeur et la charge de la preuve du non-usage complet à fournir par le prétendu possesseur. Cependant il reste muet sur la problématique du droit transitoire.

Ariane Salvé a publié à ce sujet en 2018 un article intéressant (16) . Elle y analyse notamment l'arrêt du Tribunal de 1ère instance du Hainaut, division de Charleroi (17) (celui-là même qui vient d'être cassé par la Cour de Cassation le 27 mai 2021) où le tribunal rappelle que le décret a mis en place une procédure administrative unique de suppression de voirie et que les déclinatoires de juridiction sont d'ordre public. Le même tribunal constate que la demande de constat du non-usage couvre une période de 30 ans commençant en 1972 et échue en 2002. A Salvé considère pour sa part qu'il convenait de veiller à ne pas porter atteinte au droit transitoire général car l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition ne peut porter atteinte aux prescriptions déjà acquises avant cette entrée en vigueur. Pour justifier cela elle invoque l'avis du Conseil d'Etat sur le décret du 3.6.2011 mais celui-ci n'est pas applicable ipso facto au décret du 6.2.2014 qui supprime d'ailleurs la voirie vicinale sur laquelle portait l'avis du Conseil d'Etat susmentionné (18).

Plus loin dans son article très fouillé, elle émet un avis assez étonnant mais que nous voulons

bien suivre car il est très intéressant (19) en ce qui concerne les voiries ex-vicinales usurpées par des riverains alors que l'assiette est mentionnée à l'atlas comme appartenant à la commune.

Elle considère que « *la propriété ne se perdant pas par non-usage, la commune ne risquait pas, antérieurement, et ne risque pas aujourd'hui de perdre sa propriété sur un tel chemin par non-usage. Par contre l'on constate que le risque de disparition d'un chemin par prescription extinctive existait dans l'hypothèse où la commune était seulement titulaire d'une servitude de passage, droit réel se perdant par non-usage trentenaire.* »

Même si nous voulons bien soutenir cette thèse audacieuse au sujet des voiries ex-vicinales dont l'assiette est propriété communale, nous émettons néanmoins les plus grands doutes sur son fondement juridique. En effet si l'article 2226 du Code civil interdit de prescrire les choses qui ne sont point dans le commerce comme le domaine public, cela vise autant les servitudes publiques de passage (qui en font partie aussi) que les chemins en pleine propriété publique. Par contre, l'article 712 du Code civil prévoit bien que la propriété peut s'acquérir par prescription (cela vaut aussi pour les propriétés communales) De surcroît, l'ancien article 12 de la loi du 10 avril 1841 et toute la dite loi d'ailleurs ne faisaient pas de distinction entre les chemins vicinaux en pleine propriété communale et ceux sous forme de simple servitude publique de passage.

Plus loin (20) elle résume la position de D. Lagasse comme suit : « *C'est en se fondant sur l'idée que la présomption légale de désaffectation tacite (par 30 ans de non-usage) aurait disparu avec la modification en 2011 de l'article 12 de la loi de 1841, et , en tous cas, avec l'article 30 du décret wallon du 6.2.2014 que D Lagasse soutient qu'un argument de prescription acquisitive , en pleine propriété par un particulier contre une commune n'est aujourd'hui, en norme, plus possible* ». Elle émet toutefois des doutes sur le but du décret wallon du 6.2.2014 à ce sujet.

Elle aborde ensuite l'application du décret du 6.2.2014 dans le temps et évoque la décision du Tribunal de 1ère instance de Liège, Division de Verviers (21) dont l'attendu suivant : « *Il y a lieu de rappeler qu'une loi qui modifie une règle de prescription civile ne peut pas s'appliquer aux prescriptions acquises avant son entrée en vigueur et le constat de l'extinction d'un droit de passage peut être sollicité et effectué judiciairement sur base de la disposition ancienne après l'entrée en vigueur de la nouvelle loi* » Le tribunal justifie sa position par l'avis du Conseil d'Etat sur le décret 234 du 3.6.2011(18) alors que celui-ci ne concerne pas le décret du 6.2.2014 qui a supprimé la voirie vicinale pour la ranger dans la voirie communale soumise à l'article 2226 du Code civil. On notera toutefois ici que l'arrêt de cassation du 27.5.2021 confirme la thèse du tribunal de Liège, division de Verviers mais sur base de la Constitution.

Pour pouvoir invoquer la disposition ancienne, notre thèse était qu' il fallait introduire l'action avant le 1.4.2014 car il nous paraissait que le Tribunal devait constater que les actions introduites après le 1.4.2014 ne sont plus susceptibles de pouvoir être traitées sur base de l'ancienne disposition de l'article 12 de la loi du 10.4.1841 puisque cette loi a été abrogée et la voirie vicinale aussi. Mais les actions introduites entre le 1.9.2012 (date d'entrée en vigueur du décret 234 du 3.6.2011 modifiant l'article 12 précité) et le 1.4.2014 (date d'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014) pouvaient à notre sens encore être traitées par les tribunaux sur base de l'ancienne disposition car c'est le décret du 6.2.2014 qui a exclu les juges de l'ordre judiciaire du processus de constat de non-usage (art 7 et 30 de ce décret) et non le décret 234 du 3.6.2011.

La disposition sur le déclinatoire de juridiction étant d'ordre public, elle nous paraissait s'appliquer immédiatement au juge depuis le 1.4.2014.

On relira à ce sujet l'avis très éclairant du Ministère Public près la Cour de Cassation (22). M Ganshof Van der Mersch y exige que la situation de prescription prétendument accomplie soit juridiquement épuisée (ce qui induirait la nécessité d'un jugement et pas le simple écoulement du temps)

Il évoque aussi pertinemment les « *lois qui rétroagissent par nature* » parmi lesquelles il cite « *Les lois de procédure dont on a souvent dit qu'échappant au principe de la non-rétroactivité énoncé*

dans l'article 2 du code civil, elles étaient rétroactives (...) »

La loi nouvelle de procédure, lorsqu'elle ne contient pas de disposition transitoire, relative à son entrée en vigueur, s'applique immédiatement aux procès en cours sous réserve des actes de procédure déjà régulièrement accomplis. Elle n'est pas une loi rétroactive.

Le principe de l'effet immédiat est aussi applicable aux lois de compétence. Il ne s'agit pas de lois rétroactives. Les théories qui se fondaient sur la notion incertaine de droits acquis sont abandonnées, (23) aussi les lois modificatives de compétence s'appliquent-telles, sauf disposition dérogatoire, immédiatement, même aux procès pendants. La loi modificative est applicable à la condition qu'aucune décision sur le fond ne soit intervenue avant la mise en vigueur de la loi qui modifie la compétence. (...)

Une loi qui modifie la compétence des tribunaux et les règles de procédure à suivre devant eux s'applique non seulement aux instances futures concernant des faits antérieurs, mais encore aux instances engagées avant sa promulgation. Faut-il y voir une exception à la règle de la non-rétroactivité ? En fait il semble que non.

La loi ne s'applique pas en réalité aux faits et actes objets de l'instance mais à l'instance elle-même et ne régit que les actes de procédure futurs sans porter atteinte aux actes de procédure passé et à fortiori aux décisions déjà rendues sur le fond. (...) La difficulté apparaît à propos des situations qui se sont constituées avant la loi nouvelle, mais qui continuent de produire des effets après-celle-ci. Il convient alors de distinguer les situations qui trouvent leur origine dans un contrat des situations qui trouvent leur origine dans un fait juridique. (...) Toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir de situations juridiques non-contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur et cela quand bien même la situation ferait l'objet d'une instance judiciaire. »(24).

Gilberte Closset-Marchal (25) écrit très adroitement :

« La notion de rétroactivité évolue dans un sens plus juste, (de « droits acquis » vers des « droits dont les individus sont définitivement investis et qui doivent le demeurer») La notion de rétroactivité évolue, par voie de corollaire, dans le même sens.

Est rétroactive la loi qui lèse pareils droits et non pas celle qui porte atteinte à de simples expectatives » En matière de voirie, la simple affirmation d'un usurpateur d'une voirie prétendant que la dite voirie ex vicinale serait prescrite par non usage fait manifestement figure d' « expectative » au sens de cet article de doctrine qui continue comme suit : « La réglementation nouvelle peut concerner des délais de prescription, c à d ceux imposés par la loi pour l'acquisition ou la perte d'un droit. Les lois nouvelles relatives aux délais de prescription sont d'application immédiate (...)»

Pour échapper à l'application des dispositions nouvelles, suffit-il que la prescription soit acquise conformément à la loi ancienne ou faut-il que la prescription ait été constatée par une décision passée en force de chose jugée ? La question est controversée. La première position nous paraît plus conforme aux principes, tandis que la seconde a le mérite de la sécurité juridique(...) Seuls les délais « éteints » échappent à l'application des dispositions nouvelles, sans que soit précisé le mode d'extinction (seul écoulement du temps ou prescription déclarée par une décision passée en force de chose jugée) ».

Au sujet des lois de procédure, elle précise (26) « En l'absence de dispositions dérogatoires, toutes les modifications (à une loi de procédure) s'appliquent immédiatement aux instances en cours, c à d aux conclusions de ces instances qui n'ont pas encore été déposées. Le premier principe est celui de l'application immédiate des dispositions nouvelles aux « affaires en cours ».

Comme on peut le constater, l'éminente auteure ne tranche pas quant au fait de savoir si la prescription doit être constatée par une décision judiciaire passée en force de chose jugée ou par

simple écoulement du délai de prescription.

Mais dans la mesure où les articles 7 et 30 du décret du 6.2.2014 sont indubitablement à notre sens des dispositions de procédure, elles s'appliquent immédiatement et distinguent dorénavant très nettement les servitudes publiques de passage des servitudes civiles.

Le juge est dès lors toujours à notre sens habilité à invoquer, conformément à l'article 556 du Code judiciaire, le déclinatoire de juridiction pour se dessaisir car au moment de l'introduction de l'instance (après le 1.4.2014), il pourrait estimer ne plus être habilité par la disposition légale à statuer.

Il est évident que si l'affrontement qui a subsisté pendant 7 ans tant dans la jurisprudence que la doctrine entre deux clans de plus en plus marqués a été clôturé par l'arrêt de cassation du 27 mai 2021 la liberté du juge de prononcer un déclinatoire de juridiction bien argumenté subsiste.

ANALYSE DE L'ARRET DE CASSATION DU 27 MAI 2021

L'arrêt du 27 mai 2021 de la Cour de Cassation (27) nécessite une analyse particulière.

Le juge de paix de Binche a été saisi le 23.11.2015 par deux débiteurs d'un sentier vicinal de la commune d'Estinnes qui considéraient le sentier supprimé par non-utilisation trentenaire. Le juge de paix a statué le 3 octobre 2016 en disant pour droit que le sentier sera maintenu en l'état actuel.

Par requête d'appel du 22.11.2016 les requérants initiaux se sont adressés au Tribunal de Charleroi pour contester le premier jugement.

La commune d'Estinnes a soulevé dans les motifs-mais pas dans le dispositif- de ses conclusions d'appel un « *déclinatoire de juridiction d'ordre public* » que le tribunal de première instance du Hainaut, division de Charleroi a qualifié « *d'appel incident implicite mais certain* » et qu'il a estimé recevable et fondé, contrairement à l'appel des requérants initiaux déclaré non fondé. Le tribunal de Charleroi a également mis à néant les dispositions du premier jugement. Statuant par voie de dispositions nouvelles, le tribunal s'est déclaré sans juridiction pour connaître de la demande des requérants.

Dans ses développements le tribunal de Charleroi se fonde sur l'article 556 du code judiciaire qui dispose : « les cours et tribunaux connaissent de toutes les demandes sauf celles qui sont soustraites par la loi à leur juridiction ».

La commune d'Estinnes estimait que toute décision relative à la voirie est soustraite au pouvoir judiciaire pour relever des attributions du pouvoir exécutif et donc que cela s'apparente à un déclinatoire de juridiction des juridictions de l'ordre judiciaire qui est remis en cause au profit des autorités administratives. Ce moyen est d'ordre public et peut être soulevé d'office par le tribunal. Le tribunal rappelle en effet que si le litige échappe au pouvoir judiciaire et entre dans les attributions d'une autre pouvoir, le déclinatoire de juridiction est d'ordre public et soulevé d'office.

Le tribunal rappelle aussi que le décret du 3 juin 2011 a supprimé la condition temporelle de l'imprescriptibilité des chemins vicinaux et le décret du 6.2.2014 a fusionné la voirie vicinale et la voirie innommée dans une « voirie communale » dont l'article 2.1. du décret donne la définition. Il ne fait aucune distinctions entre les routes, chemins et sentiers. L'article 91 du décret précise que la voirie communale comprend la voirie communale actuelle et la voirie vicinale au sens de la loi du 10.4.1841. L'article 80 abroge la loi du 10.4.1841 et l'article 7 exige l'accord préalable du conseil communal pour supprimer une voirie. Le tribunal en conclut que toute décision relative à la voirie communale est purement administrative et qu'il n'appartient plus aux tribunaux de constater une éventuelle prescription extinctive d'une voirie communale, tout recours ressortissant du gouvernement wallon, autorité administrative ne dépendant pas du pouvoir judiciaire. Dès lors le tribunal considère que la demande sort de la compétence du pouvoir judiciaire.

Les requérants initiaux se sont alors adressés à la Cour de Cassation en invoquant le moyen unique suivant : Violation de l'article 144 alinéa 1^{er} de Constitution, violation de l'article 556 alinéa 1^{er} du Code judiciaire, violation de l'article 12 de la loi du 10 avril 1841 (version antérieure au 1.9.2012) , violation des articles 7 alinéa 1^{er} et 93 du décret du 6.2.2014 relatif à la voirie communale.

L'avocat des requérants rappelle que l'article 12 de la loi du 10.4.1841 disposait « *les chemins vicinaux tels qu'ils sont reconnus et maintenus par les plans généraux d'alignement et de délimitation sont imprescriptibles aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public, sans préjudice aux droits acquis antérieurement à la présente loi.* »

L'article 1^{er} du décret du 3.6.2011 a supprimé depuis le 1.9.2012 les mots « *aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public* ».

L'article 80 du décret du 6.2.2014 a abrogé la loi du 10.4.1841 modifiée par le décret du 3.6.2011. L'article 30 du décret du 6.2.2014 confirme que les voiries communales ne peuvent pas être supprimées par prescription. L'article 7 stipule : « *Sans préjudice de l'article 24, nul ne peut créer, modifier ou supprimer une voirie communale sans l'accord préalable du conseil communal ou, le cas échéant, du Gouvernement saisi sur recours.* »

Pour l'avocat il en résulte que jusqu'au 1^{er} septembre 2012 un chemin vicinal était prescriptible s'il ne servait plus à l'usage public. Par ailleurs, en ce qui concerne la compétence, ce n'est que depuis le 1.4.2014 que la voirie communale ne peut être supprimée qu'avec l'accord du conseil communal. Les demandeurs ont introduit leur action le 23.11.2015, soit après cette date.

L'avocat rappelle que « *en règle, la réglementation nouvelle s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la réglementation antérieure, qui se produisent, ou se prolongent sous l'empire de la réglementation nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés* » (Cass. 24.5.2002, N° F 00.0103.F)

Or selon lui, les requérant faisaient valoir que le sentier n'existe plus depuis plus de 40 ans et était désaffecté, que la prescription extinctive pour non-usage pendant 30 ans avait sorti entièrement ses effets sous l'égide de l'article 12 de la loi du 10.4.1841 (ancienne mouture)

Il considère aussi que les motivations opérées par les décrets du 3.6.2011 et 6.2.2014 n'ont aucune incidence sur ces situations acquises avant l'entrée en vigueur du décret du 3.6.2011. Il en conclut que seule l'autorité judiciaire est habilitée à constater la suppression d'un chemin vicinal par l'effet d'une prescription acquise avant le 1.9.2012 car l'autorité administrative ne pourrait pas constater la suppression d'une voirie communale par prescription puisqu'une telle suppression n'est plus possible depuis le 1.9.2012 et l'autorité communale n'est compétente pour statuer sur la suppression d'une voirie que depuis le 1.4.2014. Dès lors, pour lui, le tribunal de Charleroi a violé l'ensemble des dispositions constitutionnelles, légales et décrétales visées au moyen et que cela ne nécessite pas de développements particuliers.

La Cour de Cassation, dans son arrêt du 27 mai 2021 considère que « ***l'article 144 alinéa 1^{er} de la Constitution dispose que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.***

L'article 556 , alinéa 1^{er} du Code judiciaire dispose que les cours et tribunaux connaissent de toutes les demandes , sauf celles qui sont soustraites à leur juridiction.

Conformément à l'article 12 de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux, avant sa modification par le décret de la Région Wallonne du 3 juin 2011, les chemins vicinaux sont imprescriptibles aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public.

Conformément à cet article, après ladite modification et avant son abrogation par le décret du 6.2.2014 relatif à la voirie communale, les chemins vicinaux tels qu'ils sont reconnus et maintenus par les plans généraux d'alignement et de délimitation sont imprescriptibles.

L'article 30 du décret dispose que les voiries communales ne peuvent pas être supprimées par prescription.

Aux termes de l'article 2 de l'ancien Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a pas d'effet rétroactif.

Il suit de ces dispositions que les cours et tribunaux connaissent de la demande de constater la prescription d'un sentier vicinal en raison de son non-usage public pendant 30 ans avant le 1.9.2012.

Le jugement attaqué n'a pu, sans violer les articles 144 de la Constitution et 556 du Code judiciaire, décider que la demande des demandeurs de constater la disparition du sentier vicinal litigieux en raison du non-usage public depuis l'année 1972 « sort de la compétence du pouvoir judiciaire ». Le moyen est fondé ».

COMMENTAIRE

S'il n'entre pas dans nos habitudes de critiquer les décisions de la Cour de Cassation, force est tout de même de souligner des incohérences, des interrogations et contradictions diverses:

1° Possibilité d'invoquer en 2050 l'ancienne loi vicinale abrogée en 2014 ?

La Cour ne mesure manifestement pas l'ampleur de l'impact de sa décision sur la sécurité juridique. Si rien ne change d'ici là, on verra encore après 2050 des plaignants invoquer devant les juges la disposition abrogée en 2012 de la loi du 10.4.1841, elle-même abrogée en 2014 en faisant fi de la volonté du législateur de 2014 de réserver cette matière de la voirie aux organes administratifs plutôt que judiciaires.

Il est évident que continuer l'application de l'exception à l'article 2226 du code civil (« *on ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce* ») que constituait l'article 12 antérieur au 1.9.2012 de la loi du 10.4.1841 (« *les chemins vicinaux sont imprescriptibles aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public* ».) encore pendant des décennies après son abrogation est une aberration qui met en cause la sécurité juridique.

2° Droit civil ou disposition particulière ?

Oui la Constitution réserve les litiges portant sur des droits civils aux tribunaux de l'ordre judiciaire et c'est une des bases de notre démocratie mais les servitudes PUBLIQUES de passage ressortissent-elle vraiment et intégralement du droit civil ? Que disent les articles 649 et 650 du Code civil (art 3.116 et 3.2 du Code du Droit des Biens) : « art. 649 *Les servitudes établies par la loi ont pour objet l'utilité publique ou communale ou l'utilité des particuliers* ». Art.650 : « *Celles établies pour l'utilité publique ou communale ont pour objet le marche-pied le long des rivières navigables ou flottable, la construction ou réparation des chemins et autres ouvrages publics ou communaux. Tout ce qui concerne cette espèce de servitude est déterminé par des lois ou des règlements particuliers* ».

Il est donc bien clair que pour les auteurs de code civil, tout ce qui concerne les servitudes d'utilité publique est déterminé par des lois ou règlements particuliers INDEPENDANTS du Code civil (Le Code civil garde en ce qui les concerne un caractère reste supplétif c à d applicable à ces types de servitudes d'utilité publique uniquement si les dispositions du Code civil n'entrent pas en contradiction avec ces dispositions particulières.)

Si, dans le chef des « accapareurs », récupérer un sentier ex-vicinal peut leur apparaître comme un droit civil à revendiquer, ces mêmes sentiers constituent par ailleurs des éléments du domaine public qui ne permettent pas de les considérer exclusivement comme des objets relevant du droit civil. On se trouve vraiment à la marge du Code civil relevant des juges civils.

3° Droit « actuel » ou « résurrection de la loi vicinale » ?

La Cour ne détermine pas dans son jugement si ce prétendu « droit civil » à contester une servitude publique de passage de l'atlas de 1841 (qui ne relève pas du code civil mais de lois particulières) est encore un droit actuel après l'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014 qui a abrogé la notion même de voirie vicinale et par conséquent aussi l'exception qu'elle comportait à l'imprescriptibilité générale du domaine public. Supprimer après le 1^{er} avril 2014 (date d'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014) une voirie devenue communale en rétablissant son ancien statut « vicinal » abrogé en 2014 pour pouvoir la supprimer en vertu d'une disposition abrogée en 2012 revient à ressusciter une législation.

4° Voirie communale = nouveau statut issu de la fusion des voiries vicinales et innomées avec les caractéristiques de cette dernière

Le changement de statut au 1.4.2014 de l'ancienne voirie vicinale devenue communale lui fait perdre tous les attributs particuliers qu'elle avait auparavant, y compris sa prescriptibilité. Le fait que l'atlas établi en 1841 pour la voirie vicinale est désormais une composante de la voirie communale octroie aux chemins et sentiers qui s'y trouvent un nouveau statut communal exempt de toutes les caractéristiques particulières dont étaient frappées les anciennes voiries vicinales.

5° Jugement sans objet ?

On doit réellement s'interroger sur l'éventualité suivante : un juge pourrait considérer légitimement dans un jugement qu'en application de l'ancienne loi vicinale telle qu'elle existait avant le 1.9.2012 la Cour de Cassation par son arrêt du 27.5.2021 l'oblige à examiner si un chemin ou sentier est prescrit pour non-usage trentenaire avant le 1.9.2012 et que si ce non-usage est avéré, ce chemin ou sentier ex-vicinal serait dès lors prescrit en application de cette ancienne loi, mais que son tracé a cependant été versé dans le registre de la voirie communale depuis le 1.4.2014, c à d avant la décision judiciaire, et ce sans que ce chemin ou sentier communal puisse être contesté devant un juge mais uniquement devant le conseil communal. Le juge pourrait en déduire qu'en conséquence, le jugement serait sans objet car, pour que la prescription en application de l'ancienne loi vicinale puisse être constatée par le juge avec un effet réel, il eut fallu soumettre le dossier au juge avant l'entrée en vigueur du décret du 6 février 2014 (1.4.2014) afin que l'atlas transféré dans le nouveau registre communal au 1.4.2014 ne le comporte plus.

En effet le juge n'a de prise que sur l'atlas de 1841, pas sur les plans généraux d'alignement et de délimitations des chemins vicinaux au sens de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux consignés dans le registre communal prévu à l'article 9, § 1^{er} du décret du 6.2.2014

6° Contenu du « registre communal (art. 9 § 1^{er} du décret du 6.2.2014) et ancien atlas.

Que comporte effectivement ce « *registre communal indépendant du registre des délibérations* » visé à l'article 9, § 1^{er} du décret et dans lequel l'article 91, alinéa 2 du décret *consigne les plans généraux d'alignement et les plans de délimitation des chemins vicinaux au sens de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux* » ?

Ce registre comporte :

« la voirie communale au sens de l'article 2, al.1^{er} et qui comprend la voirie communale actuelle et la voirie vicinale au sens de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux » (art. 91 alinéa 1^{er})

Est donc ainsi transféré le contenu de l'ancien atlas établi sur base de la loi du 10.4.1841 dans sa situation figée au 1.4.2014 (date d'entrée en vigueur du décret) c à d avec toutes les modifications administratives et judiciaires intervenues jusqu'au 1.4.2014. Pour les décisions judiciaires, sont normalement prises en compte celles coulées en force de chose jugée au 1.4.2014 et non susceptibles de tierce opposition.

Après ce transfert dans ce registre du contenu (plans d'alignements et de délimitations) de l'ancien atlas ainsi figé, l'ancien atlas basé sur la loi du 10.4.1841 disparaît de l'ordonnancement juridique au profit de ce « registre ».

Or aucun juge n'a aucune prise sur le contenu de ce « registre »

Si un jugement ultérieur à la création de ce registre (1.4.2014) constate que tel chemin ou sentier de l'ancien atlas n'est plus utilisé depuis 30 ans avant le 1.9.2012, nul n'est habilité à faire consigner ce constat dans le nouveau registre, car ce registre ne contient que des données nouvelles applicables à partir du 1.4.2014 et, à cette date, le chemin ou sentier litigieux a été inscrit dans le dit registre sans référence à ce jugement postérieur. Nul ne peut, en vertu des articles 7 et 30 du décret, apporter de modification dans ce registre après le 1.4.2014 sans

l'accord préalable du conseil communal . Or ce registre atteste des décisions juridiques prises en matière de voirie par les autorités compétentes (l'administration d'une part, les autorités judiciaires d'autre part.) Les seules décisions judiciaires qui peuvent y être insérées par la suite sont celles relatives à des créations de voiries constatées par l'autorité communale et confirmées ensuite par un jugement éventuel ; Les décisions judiciaires qui refusent de suivre les constats communaux de création de voirie doivent aussi être consignées dans ce registre car cette matière entre toujours dans les compétences du juge après le 1.4.2014. Les décisions judiciaires prises sans constat communal en réponse à des actions d'utilisateurs introduites devant la justice suite à une utilisation trentenaire d'un chemin non repris dans ce registre jusque là, doivent aussi être consignées dans ce registre. Ce registre n'a pas pour fonction de contenir des décisions judiciaires relatives à des situations juridiques fixées par décision judiciaire après le 1.4.2014 pour des chemins et sentiers figurant à l'ancien atlas mais relatives à une situation juridique échues avant le 1.9.2012 mais non répertoriées et donc inconnues au 1.4.2014. En effet, si pareille insertion était admise, cela reviendrait à modifier de fait sans l'accord préalable du conseil communal un plan de délimitation contenu dans ce registre tel que figé au 1.4.2014.

7° Conclusions sur 3°,4°,5° et 6°

Le juge peut évidemment ne pas faire référence au dit registre et simplement constater que tel tronçon d'un chemin ou sentier de l'ancien atlas (lequel ancien atlas n'existe plus juridiquement) n'a pas été utilisé entre le 31 aout 1982 et le 31 aout 2012 en joignant un plan du dit tracé tiré de l'ancien atlas.

Dans ce cas coexisteront une décision judiciaire et une situation administrative contradictoires comme c'est déjà le cas lorsqu'un constat communal de création de voirie est attaqué devant le juge et que celui-ci rend une décision contraire au constat communal. Mais dans le cas de la décision contraire au constat communal, il est bien prévu par la législation que le constat peut être contesté devant le juge et donc la décision de ce dernier doit figurer au registre et se « superpose » de ce fait au constat communal.

Par contre le constat de non-utilisation trentenaire d'un chemin ou sentier avant le 1.9.2012 que produirait un juge après le 1.4.2014 porte en réalité sur un chemin ou sentier d'un atlas « vicinal » aux règles particulières remplacé par un registre des voiries communales où ladite voirie vicinale a été fusionnée avec la voirie innomée, complètement imprescriptible depuis toujours en application de l'article 2226 du code civil. L'article 2226 du code civil est désormais applicable à toute la voirie communale issue de la fusion des voiries innomées et vicinales.

Le décret du 6.2.2014 n'a pas prévu de régime transitoire pour les ex-voiries vicinales et celles-ci sont dès lors versées telles qu'elles figuraient dans les plans de délimitation au 1.4.2014 dans la voirie communale. A partir du 1.4.2014 le juge n'est plus compétent pour décider de la suppression par prescription des voiries inscrites dans le registre communal visé à l'article 9 § 1^{er} du décret alors qu'il l'était pour la voirie vicinale abrogée. Le juge devrait dès lors logiquement conclure dans une décision postérieure au 1.4.2014 , s'il a la conviction qu'un chemin ou sentier de l'ancien atlas n'a pas été utilisé depuis 30 ans au 1.9.2012 que, vu la jurisprudence de la Cour de Cassation du 27.5.2021, il a l'obligation de se prononcer sur une prescription extinctive échue sur base de la législation en vigueur à l'époque (avant le 1.9.2012) et que ce chemin ou sentier de l'ancien atlas n'est plus utilisé depuis 30 ans à cette date même sporadiquement (arrêt de cassation du 13.1.1994) mais que ce constat est cependant sans objet car la dite voirie a été reconvertie (dans le plan de délimitation applicable au 1.4.2014) en voirie communale non soumises aux dispositions qui étaient applicables à la voirie vicinale et que le juge n'est plus compétent pour connaître des litiges portant sur ce plan de délimitation instauré le 1.4.2014, même si ce plan reprend les limites des voiries qui étaient reconnues dans la voirie vicinale, notion tirée d'une loi abrogée au 1.4.2014.

8° Quelle période après le 1.9.2012 est vraiment visée par l'arrêt de cassation du 27.5.2021 ?

-L'arrêt du 27 mai 2021 de la Cour de Cassation concerne-t-il toute la période postérieure au 1.9.2012 ou seulement celle entre le 1.9.2012 et le 1.4.2014 ?

L'arrêt de Cour de Cassation stipule : « *l'article 144 alinéa 1^{er} de la Constitution dispose que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux . L'article 556 , alinéa 1^{er} du Code judiciaire dispose que les cours et tribunaux connaissent de toutes les demandes , sauf celles qui sont soustraites à leur juridiction. »*

L'article 556 parle bien des demandes soustraites à la juridiction des tribunaux (comme les demandes de constat de non-usage trentenaire après le 1.9.2012.

« Conformément à l'article 12 de la loi du 10.4.1841 sur les chemins vicinaux , avant sa modification par le décret de la Région Wallonne du 3 juin 2011, les chemins vicinaux sont imprescriptibles aussi longtemps qu'ils servent à l'usage public. »

La Cour rappelle ici la disposition en vigueur avant le 1.9.2012.

« Conformément à cet article , après ladite modification et avant son abrogation par le décret du 6.2.2014 relatif à la voirie communale, les chemins vicinaux tels qu'ils sont reconnus et maintenus par les plans généraux d'alignement et de délimitation sont imprescriptibles.

L'article 30 du décret dispose que les voiries communales ne peuvent pas être supprimées par prescription. »

Ici la Cour fait très clairement la distinction entre la période située entre les 1.9.2012 et 1.4.2014 d'une part et la période postérieure au 1.4.2014 d'autre part et précise bien que le fameux article 12 de la loi du 10.4.1841 dans ses versions antérieure et postérieure au 1.9.2012 a été abrogé depuis le 1.4.2014 et que l'article 30 du décret du 6.2.2014 entré en application le 1.4.2014 ne permet plus de supprimer des voiries.

Elle ajoute : « **Aux termes de l'article 2 de l'ancien Code civil, la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a pas d'effet rétroactif. »**

Cette phrase générale précise qu'en vertu de l'art 2 du code civil, toute loi ne dispose que pour l'avenir.

« Il suit de ces dispositions que les cours et tribunaux connaissent de la demande de constater la prescription d'un sentier vicinal en raison de son non-usage public pendant 30 ans avant le 1.9.2012. Le jugement (d'appel) attaqué n'a pu, sans violer les article 144 de la Constitution et 556 du Code judiciaire, décider que la demande des demandeurs de constater la disparition du sentier vicinal litigieux en raison du non-usage public depuis l'année 1972 « sort de la compétence du pouvoir judiciaire »

Ce libellé détermine qu'un juge ne peut pas dire qu'une demande de constat d'un non-usage du sentier entre 1972 et 2002 sort de la compétence du pouvoir judiciaire. Ce faisant, l'on ne peut que rejoindre la Cour car cela vise la période où le juge était compétent.

Mais si la cour évoque donc la possibilité de statuer encore après le 1.9.2012 sur des prescriptions extinctives de chemins ou sentiers échues avant le 1.9.2012, la phrase ne précise pas si elle ne vise que la période du 1.9.2012 au 1.4.2014 ou si elle vise aussi la période qui suit le 1.4.2014 car la Cour évoque juste avant le fait que la loi vicinale et sa modification de 2011 ont été abrogées en 2014.

Certes elle ne dit pas non plus que le juge ne pourrait plus se prononcer depuis l'abrogation de la loi en 2014 et d'aucuns mettront en exergue le fait que la demande de suppression du sentier querellée est bien postérieure au 1.4.2014 et que la Cour le sait, ce qui impliquerait qu'elle considère que l'ancienne loi vicinale d'avant 2012 peut être invoquée ad vitam aeternam.

9° Le décret du 6.2.2014 est-il d'ordre public ?

Cette question revêt une certaine importance dans la mesure où une législation d'ordre public peut comporter des dispositions rétroactives.

En l'occurrence, le décret du 6.2.2014 est au moins partiellement d'ordre public. N'est d'ordre public que la loi qui touche aux **intérêts essentiels de l'État ou de la collectivité ; ce n'est pas parce qu'une matière intéresse l'État ou la collectivité qu'elle doit être considérée comme**

d'ordre public ni que toutes les règles qui la régissent revêtiraient ce caractère. Sont ainsi considérées, en droit public et administratif, comme d'ordre public, les lois qui concernent l'établissement et la perception des impôts et taxes, les attributions de l'État, des collectivités, des autorités administratives et judiciaires, les attributions de police, le droit pénal et la procédure pénale, l'organisation et la mise en œuvre des libertés constitutionnelles, les droits de la défense, (notamment)

En l'occurrence le décret du 6.2.2014 concerne les attributions de la Région, la liberté constitutionnelle d'aller et venir, les droits de la défense (des communes gestionnaires de la voirie communale) les attributions des autorités judiciaire et administratives (que cette législation modifie) et les attributions de police (de la voirie). Certaines décisions de jurisprudence accordent à ce décret un statut d'ordre public général au même titre que la législation sur l'urbanisme tandis que d'autres restreignent ce statut d'ordre public à certains articles dont surtout l'article 60 (police de la voirie)(6) .

Cet article 60 punit *ceux qui dégradent, endommagent la voirie communale ou porte atteinte à sa viabilité ou sa sécurité , ceux qui suppriment une voirie communale sans l'accord préalable du conseil communal* . L'article 30 dit par ailleurs : « *Les voiries communales ne peuvent être supprimées par prescription* ». Même si cet article ne figure pas dans le chapitre « des infractions », il interdit aussi de supprimer une voirie par prescription alors que l'article 60 interdit d'en supprimer de quelque manière que ce soit (donc aussi par prescription)

Les deux dispositions sont dès lors liées et relèvent toutes deux de l'ordre public car l'infraction visée à l'article 60 « absorbe » celle visée à l'article 30.

La Cour de Cassation a jugé « *La violation d'un intérêt ne peut donner lieu à une action en justice que si l'intérêt est licite ; celui qui ne poursuit que le maintien d'une situation contraire à l'ordre public n'a pas un intérêt licite ; il n'est pas requis à cette fin que cette situation résulte d'une infraction commise par l'intéressé lui-même* » (13) . Dans son arrêt du 27 mai 2021, la Cour aurait dès lors été avisée de s'interroger sur le caractère d'ordre public du décret et, partant du caractère illicite éventuel de la demande formulée par les requérants.

Par conséquent il y a lieu de s'interroger sur le caractère d'ordre public de l'interdiction de supprimer une voirie par prescription, laquelle pourrait s'appliquer à toute décision que prendrait un juge après l'entrée en vigueur du décret du 6.2.2014 (le 1.4.2014) alors que, faute de défenseur de la commune devant la Cour de Cassation cette éventualité n'a pas du tout été évoquée.

10 Notion de « droits irrévocablement fixés ».

Le principe de non-rétroactivité des lois visé par l'article 2 du Code civil (« *la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif* ».) est évidemment enraciné tant dans la jurisprudence de la Cour de Cassation que du Conseil d'Etat comme un principe général de droit. Le Conseil d'Etat relie ce principe à la sécurité juridique c à d le principe selon lequel le législateur ne peut porter atteinte sans justification raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes . B. PACTEAU écrivait « *la sécurité juridique recouvre ainsi notamment les protections contre les changements du droit, c à d la prohibition de la rétroactivité et la consolidation des situations juridiques acquises* (29)

« *Le contenu de la règle de non-rétroactivité ne paraît à première vue guère difficile à établir . Mais elle recouvre en réalité deux significations. Sur le plan formel, la disposition rétroactive est celle dont l'entrée en vigueur est reportée à un moment du passé . Sur le plan matériel l'idée de rétroactivité des textes est traditionnellement opposée à celle d'application immédiate.* » (30)

Christine HOREVOETS estime qu'il y a rétroactivité chaque fois que l'entrée en vigueur est fixée à une date antérieure à la publication, laquelle détermine l'opposabilité de l'acte (et non seulement

lorsque l'entrée en vigueur est fixée à une date antérieure à la promulgation qui ne permet que des mesures d'exécutions internes à l'administration (31)

Ainsi que l'énonce la Cour de cassation, *une loi nouvelle s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur mais aussi aux effets futures des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits irrévocablement fixés.* (32).

Inversement, « *serait rétroactif sur le plan matériel le texte de droit que l'autorité rendrait applicable à des situation définitivement cristallisées dans des droits irrévocablement acquis, au moment où ce texte deviendrait opposable par publication ou par notification.*

La signification formelle et la signification matérielle de la rétroactivité ne coïncident pas nécessairement en pratique. » (30)

Le Conseil d'Etat a jugé « *si une réglementation nouvelle est immédiatement applicable à tous les effets futurs de situations nées sous l'empire de la réglementation antérieure, elle ne peut être rendue applicable aux situations antérieures définitivement accomplies. En attachant des conséquences nouvelles, imprévisibles et difficilement réversibles, à des décisions prises avant l'adoption de la nouvelle réglementation, le Gouvernement a méconnu l'impératif de sécurité juridique inhérent au principe de non-rétroactivité.*»(33)

A la lumière de cet exemple, Ch. Hoerevoets ajoute : « *il apparait que si dans certains cas, l'atteinte à des droits constituera manifestement un effet rétroactif de l'acte, dans beaucoup de cas en revanche, il sera délicat de déterminer si la modification du droit doit être réputée rétroactive ou simplement d'application immédiate* »(30)

Nos juridictions ont opté pour une conception matérielle de la rétroactivité. Ce à quoi le Conseil d'Etat accorde de l'importance, et qui peut justifier le cas échéant un arrêt d'annulation, c'est la stabilité du droit. Ce qui peut être le plus problématique au regard de la règle de non-rétroactivité, ce n'est pas qu'il soit prévu qu'un acte administratif s'appliquera dans le passé, c'est le fait que cet acte modifie des droits irrévocablement fixés. Ce n'est que dans des cas rares, nous semble-t-il que le Conseil d'Etat a admis des effets rétroactifs qui y portaient atteinte. Telle semble être également la position de principe de la Cour de cassation. (30)

Suivant les auteurs, serait rétroactive la loi qui supprime ou qui modifie pour l'avenir un de nos droits à raison d'un fait passé, la loi qui porte atteinte à une situation juridique subjective par opposition à celle qui ne porte atteinte qu'à une situation juridique objective, la loi qui interviendrait dans une situation juridique en cours de constitution, d'extinction ou d'application par opposition à celle qui appréhende une situation juridique déjà constituée ou éteinte. Mais aucune de ces systématisations ne permet de rendre réellement compte de la jurisprudence.

Le principe de non rétroactivité connaît par ailleurs un certain nombre de tempéraments comme l'autorisation du législateur, la nécessité d'assurer à la loi l'exécution voulue, la nécessité d'assurer un bon fonctionnement aux services publics,...(30)

Dès lors que suivant la définition de la rétroactivité, il y a rétroactivité lorsqu'on touche à des droits fixés, le texte rétroactif sera celui qui a pour effet de modifier les effets juridiques qu'on croyait définitivement attachés à certains faits ou à certains actes depuis un certain temps, remettant ainsi en cause le passé. S'agissant d'un texte de droit, cette remise en cause du passé ne peut jamais avoir lieu qu'à la date de son entrée en vigueur et pour l'avenir.(...)

Le fait d'utiliser l'expression « droits acquis » éventuellement à la place de « droit subjectif » tend à rapprocher le contrôle de la rétroactivité, qui porte le plus souvent atteinte à des droits acquis, et le contrôle de l'application immédiate, qui peut parfois porter atteinte à des droits acquis.

Le problème suivant sera donc, au regard de la conception matérielle du principe de la non-rétroactivité, d'identifier ce qui doit être considéré comme des droits irrévocablement acquis, qui

s'opposent soit à la rétroactivité, et au retrait , lorsqu'il s'agit du passé, soit au changement , lorsqu'il ne s'agit que de l'avenir. (30)

Si la distinction classique entre l'application immédiate et la rétroactivité -prohibée ou non- peut sans doute être ramenée à un examen des droits, on ne se heurtera pas moins à de grandes difficultés pratiques. La notion de droit subjectif est délicate à mettre en œuvre. La frontière entre la rétroactivité et application immédiate est délicate à tracer.

B PACTEAU (29) conclut : « Entre la rétroactivité coupable et l'application immédiate légitime, il est des situations et hypothèses pas toujours parfaitement tranchées où il y a lieu de faire preuve non pas tant d'ailleurs de mansuétude que de réalisme ».

Enfin, si l'application immédiate des normes aux effets futurs des situations nées avant leur entrée en vigueur porte toujours peu ou prou atteinte à des intérêts plus ou moins garantis, on ne saurait, à peine de paralyser l'action publique, exclure toute effet d'une norme sur les intérêts existants. Les juges sont dès lors conduits à évaluer au cas par cas l'importance des intérêts en cause, l'étendue de la consécration juridique qu'ils avaient reçue et l'intensité de l'atteinte qui y est portée.(30)

On lira aussi avec intérêt la note annexe à la présente analyse avec les conclusions de M L'avocat Henkes avant cassation du 14 mars 2008(F 070067 F Notes 7 et suivantes). Il évoque les diverses expressions de « situation accomplie », « situation juridiquement épuisée » et « droits irrévocablement fixés ». Il renvoie aussi aux conclusions du Procureur général Ganshof van der Mersch avant cassation du 22 octobre 1970 (évoquées déjà dans la première partie de ce document)

M Ganshof van der Mersch rappelait pertinemment : Le principe de l'effet immédiat est aussi applicable aux lois de compétence. Il ne s'agit pas de lois rétroactives. Les théories qui se fondaient sur la notion incertaine de droits acquis sont abandonnées, (23) aussi les lois modificatives de compétence s'appliquent-telles, sauf disposition dérogatoire, immédiatement, même aux procès pendants. La loi modificative est applicable à la condition qu'aucune décision sur le fond ne soit intervenue avant la mise en vigueur de la loi qui modifie la compétence. (...)

Une loi qui modifie la compétence des tribunaux et les règles de procédure à suivre devant eux s'applique non seulement aux instances futures concernant des faits antérieurs, mais encore aux instances engagées avant sa promulgation. Faut-il y voir une exception à la règle de la non-rétroactivité ? En fait il semble que non.

La loi ne s'applique pas en réalité aux faits et actes objets de l'instance mais à l'instance elle-même et ne régit que les actes de procédure futurs sans porter atteinte aux actes de procédure passé et à fortiori aux décisions déjà rendues sur le fond. (...) La difficulté apparaît à propos des situations qui se sont constituées avant la loi nouvelle, mais qui continuent de produire des effets après-celle-ci. Il convient alors de distinguer les situations qui trouvent leur origine dans un contrat des situations qui trouvent leur origine dans un fait juridique. (...) Toute loi nouvelle s'applique immédiatement aux effets à venir de situations juridiques non-contractuelles en cours au moment où elle entre en vigueur et cela quand bien même la situation ferait l'objet d'une instance judiciaire. »(24).

Ces considérations de l'éminent Procureur général s'appliquent indubitablement au décret 234 du 3.6.2012 qui a modifié la compétence du juge en le privant pour l'avenir de pouvoir intervenir dans des conflits portant sur une prescription trentenaire d'un chemin ou sentier de l'ancien atlas.

Mais il va plus loin en justifiant que, sauf s'il y a eu déjà une décision sur le fond avant l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, le juge doit appliquer la nouvelle loi (c à d , en l'occurrence s'abstenir d'intervenir puisque la matière lui échappe désormais)

On remarquera évidemment que cette affirmation de l'éminent Procureur général est en contradiction avec l'arrêt de la Cour de Cassation du 27 mai 2021 qui oblige le juge à statuer sans invoquer le déclinatoire de juridiction.

Il en va de même de deux arrêts de cours d'appel : Le premier (contesté par la doctrine) précise : « *les droits de la personne lésée doivent être considérés comme irrévocablement fixés dès le moment où la personne a invoqué...* » (34) Cet arrêt considère les droits fixés au moment précis de l'introduction d'instance. L'autre arrêt considère : « *Les droits de la victime ne peuvent être jugés comme irrévocablement fixés que lorsque la décision judiciaire passée en force de chose jugée a statué sur l'action...* » (35)

Cet arrêt exige donc, comme le fait le Procureur général Ganshof van der Mersch qu'il y ait une décision judiciaire coulée en force de chose jugée pour pouvoir considérer que des droits sont irrévocablement fixés au point d'empêcher l'application de la loi nouvelle.

Le terme « irrévocable » appliqué à un jugement ou un droit signifie « sur lequel l'on ne peut plus revenir » ce qui revient à dire « coulé en force chose jugée ».

Dès lors, force est de constater une évidente contradiction entre la portée des nombreux arrêts de cassation qui veulent l'application de la loi nouvelle sauf si des droits ont été irrévocablement fixés » (par un jugement) et l'arrêt du 27 mai 2021 de la même Cour qui considère qu'un juge ne peut pas invoquer le déclinatoire de juridiction pour refuser de traiter sur base de la loi du 10.4.1841 une prétendue prescription trentenaire d'un sentier de l'ancien atlas échue avant le 1.9.2012 alors que cette demande est introduite après l'entrée en vigueur de la législation nouvelle de 2014 qui a abrogé cette législation de 1841 .

La recevabilité d'une action judiciaire s'évalue au moment de son introduction. Un juge qui invoque le déclinatoire de juridiction parce que la demande est tardive (puisqu'introduite après qu'il ait perdu le droit de statuer) tient nettement plus compte de la sécurité juridique qui est le fondement de la non-rétroactivité des lois que l'arrêt de cassation du 27 mai 2021 qui ressuscite ad vitam aeternam pour des plaideurs tardifs l'ancien article 12 de la loi du 10.4.1841 abrogée.

Malheureusement l'avocat des requérants qui ont obtenu cet arrêt contestable n'a pas trouvé de contradicteur devant la Cour suprême puisque la commune concernée n'en avait pas désigné. Elle avait pourtant interrogé un avocat en cassation qui avait épousé sans plus la thèse que reprend finalement la Cour mais sans examiner les interrogations évoquées dans le présent article.

Albert STASSEN

Références

[1] D. Déom « Les opérations immobilières des personnes de droit public (in La mise en vente d'un immeuble Bruxelles, Larcier 2005, p 271 et réf citées) : La nullité d'une cession opérée sans désaffectation expresse ou tacite (du domaine public) ne peut pas être couverte par la prescription acquisitive ultérieure. Celle-ci ne peut courir qu'à partir de la désaffectation. (...)

(2) Jusqu'il y a peu, cette imprescriptibilité ne s'attachait exceptionnellement pas aux chemins vicinaux . Il en est désormais fini de cette dérogation. Mais si la prescription acquisitive ne peut pas jouer contre le domaine public, il est admis en revanche qu'elle puisse profiter au-delà des limites reconnues par le droit commun. Ainsi , alors qu'en droit civil, les servitudes discontinues ne peuvent pas être admises par prescription, il est constant que le passage régulier du public sur un terrain privé, à des fins de circulation publique fait acquérir à la commune un droit de passage , qui appartient au domaine public et justifie l'affectation du bien à la voirie » (De Page, Traité de Droit civil belge 2015, Titre 1er, chapitre 2 N° 57 et ref 1 et 7),

[3] Cette question a été examinée dans un article paru dans « Chemins faisant » de décembre 2016, p 8-10) d'où il ressort que l'article 30 est bien une disposition d'ordre public et donc applicable immédiatement au juge saisi d'un dossier et ce contrairement à l'affirmation contraire contenue dans le jugement du TPI Namur du 18.10.2016 (affaire des sentiers de Dréhanche) , RG 15/719/A Rep 2016/3565 et TPI Namur 12.12.2016 RG 12L/1208/A Rep 2016/1003.

[4] Doc. Parl. Wallon, n°234/2, session 2012-2013.

[5] TPI Namur, 18 octobre 2016, RG 15/719/A, REP 2016/3565 et TPI Namur, 12 décembre 2016, RG 12/1208/A, REP, 2016/1003. Il y a lieu de mentionner ici deux arrêts significatifs : « une loi nouvelle ne peut porter atteinte à des droits irrévocablement fixés, c'est-à-dire consacrés ainsi qu'en l'espèce par une décision coulée en force de chose jugée qui a déjà esquissé les critères d'appréciation du préjudice encouru ; si la loi nouvelle s'applique certes aux effets futurs de situations nées sous le régime de la loi antérieure ou se prolongeant sous la loi nouvelle (Cour d'Appel de Mons, 20.5.2003, confirmé par le suivant) Attendu qu'en règle, la loi nouvelle s'applique non seulement aux situations nées à partir de son entrée en vigueur mais aussi aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne et qui se produisent ou se prolongent ou prolongent leurs effets sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés ; Qu'en règle également, les situations devenues définitives sous l'empire de la loi ancienne échappent à la loi nouvelle, celle-ci fût-elle d'ordre public ;(Cass 9.9.2004) http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20040909-26 Il y a lieu de tirer de ces deux arrêts que les droits irrévocablement fixés sous l'emprise de l'ancienne loi sont ceux qui ont fait l'objet d'une décision coulée en force de chose jugée et pas la simple prétention d'un prétendu possesseur qui ne s'est pas adressé à la justice

[6] TPI Namur, 12.12.2016, RG 12/1208/A, REP, 2016/1003.

[7] J.P., canton de Vielsalm 26.10.2015, n°14A34, 215/2015. Et J.P. Visé, 13A1223 ; 2014 ; J.P.Florennes, 17.1.2018, n°15A229 (dans ce dernier jugement, le juge considère que les conditions de la disparition ne sont pas remplies par manque de preuve)

[8] TPI Charleroi, 17.10.2017, RG 16/4277/A ; J.P. canton de Beauraing, 11A581, 15.4.2015) (réformé en appel par la décision : TPI Namur, 18.10.2016, RG 15/719/A, REP 2016/3565.)

[9] Article 29 du décret du 6.2.2014.

[10] Question écrite du 9.2.2016, Session : 2015-2016, Année : 2016, N° : 325 (2015-2016) 1, de DEFRANG-FIRKET Virginie à FURLAN Paul, Ministre des Pouvoirs locaux, de la Ville, du Logement et de l'Energie

[11] Idem.

(12) Cassation 24.4.2003, Pas 1 2003, 854, voir commentaire du Ministère public

(13) Cass. 7.11.2003 , Pas P 030422 N)

(14) la prescription en droit immobilier, introduction par Laurent Barnich, Anthémis 2017, p11

(15, ibidem , article « sentiers et chemins publics » questions de prescription » par Dominique Lagasse pp 100-102

(16)Revue de droit communal 2018/4 pp 2-23 Ariane SALVE,« Les chemins vicinaux 2.0 à l'épreuve du droit privé des biens, impact du décret wallon du 6.2.2014 relatif à la voirie communale

(17) Civ. Hainaut-Charleroi, 17.10.2017, res Jur imm. 2017/4 :pp 326 et obs. A Vassart JJP 2018, p 388

(18) Avis C E. section législ. Sur décret du 3.6.2011, Parl.wal. DOC 234 N°2 2010-2011, p 2

(19) voir (16), p 14

(20) voir (16) p 16

(21) voir (16) ibidem et Civ Liège, Div Verviers 19.4. 2017 J J P 2018, p 379

(22) Cass 22.10.1970 Pas 1971 I 144-167

(23) L'avis du Conseil d'Etat visé sous (4) évoque pourtant toujours les « droits acquis » mais il est vrai que le Conseil d'Etat n'est pas lié à la doctrine de la Cour de Cassation

(24) Cass. 19.5. et 23.6.1958, 24.5.1967 et 11.6.1970

(25) Gilberte CLOSSET-MARCHAL, Code judiciaire : droit commun de la procédure et droit transitoire (sur la « non rétroactivité de la loi nouvelle, pp 119 et suivantes)

(26) ibidem, p159)

(27) Cour de Cassation arrêt du 27 mai 2021 N°C.20.0019.F , P.W & M-F.B contre commune Estinnes

(28) Diane DEOM *note sous l'arrêt 9.551 du 13.1.1994 de la Cour de Cassation* in *Droit communal* 95/1 Kluwer pp 60-65

(29) B PACTEAU *La sécurité juridique , un principe qui nous manque ?* A.D.J.A. 20.6.1995 , N° spécial , p 151 et suivantes

(30) François BELLEFLAMME "Le principe de non-rétroactivité, les droits acquis et les attributions du Conseil d'Etat. Note sous Cass., 20

décembre 2007, in STRADA Lex, C.D.P.K. 2/2009 Van den Broele, Cour de cassation 20 décembre 2007 (NOIR) pp 258-261

(31) C. HOREVOETS, *les principes qui régissent la promulgation et la publication des lois, arrêtés et règlements et leurs effets*. C.D.P.K 1998, p 407-423 (également citée par Strada Lex, voir (30)

(32) Cass., 2 mai 1994, M940003F, Cass., 3 oct. 1994 S940011F, Cass., 24. Avril 1995 S 940015F

(33) CE. N° 154.037 et 154.028 du 20.1.2006, (suspension), N°165 534 à 165 543 du 5.12.2006 (annulation) cités par P.NIHOUL, M JOASSART ET V FRANCK « *Le Conseil d'Etat, Chronique de jurisprudence 2006 R.B.D.C. 2007 N° 3* p 328-329.

(34) Cour d'Appel d'Anvers 6.9.2002.

(35) Cour d'Appel de Bruxelles, 4^{ème} chambre, 24.10.2006

ANNEXE

CONCLUSIONS AVOCAT GENERAL A. HENKES , Arrêt Cassation 14 mars 2008

Notion de droits irrévocablement fixés.

F.07.0067.F

Conclusions de Monsieur l'Avocat général Henkes.

I. Faits de la cause et antécédents de la procédure(...)

"les règlements communaux ne peuvent rétroagir sans habilitation expresse de la loi".(...)

II. Moyen

A) Exposé

5. Le moyen fait grief à l'arrêt attaqué de ce que, en énonçant que le règlement-taxe établi pour l'exercice d'imposition 2001 a un effet rétroactif dès lors qu'il a été pris après la clôture de la période dont les revenus constituent la base d'imposition, alors que, contrairement à ce que les juges d'appel affirment, en matière d'impôts sur les revenus il n'existe pas de situation irrévocablement fixée avant la clôture de l'exercice d'imposition, il n'a pas légalement justifié sa décision car ainsi il viole:

- l'article 359, qui définit l'exercice d'imposition;

- l'article 360, qui définit sur quels revenus l'impôt dû pour un exercice d'imposition est établi;

- les articles 465 à 470 relatifs aux taxes additionnelles et plus spécialement les articles 466, 466bis, 467, 468 et 469 du Code des impôts sur les revenus 1992;

- l'article 1 de l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus du 27 août 1993, et 200 a) de l'annexe à l'arrêté royal du 27 août 1993 formant l'arrêté royal d'exécution du Code des impôts sur les revenus 1992, en ce que cet article 200 a) définit la période imposable comme étant l'année précédant celle dont le millésime désigne l'exercice d'imposition pour l'application de l'impôt des personnes physiques;

- l'article 2 du Code civil qui prévoit que la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif, les principes de bonne administration et de droit à la sécurité juridique, ainsi que le principe général de non-rétroactivité de la loi, dont cet article 2 du Code civil fait application, dans la mesure où l'arrêt décide que le règlement-taxe litigieux a un effet rétroactif contraire à cette disposition et au principe général de non-rétroactivité des lois et arrêtés réglementaires alors que le règlement-taxe litigieux s'applique à des situations qui ne sont pas définitivement accomplies au moment de son adoption et de son entrée en vigueur;

- l'article 170, § 4, de la Constitution (coordonnée du 17 février 1994), qui prévoit la possibilité pour les communes de décider certaines impositions lorsque la loi les y autorise, et l'article 465 du Code des Impôts sur les revenus 1992, qui donne une telle autorisation en matière de taxes additionnelles, dans la mesure où l'arrêt refuse illégalement d'appliquer le règlement-taxe litigieux.

B) Discussion

6. Je suis d'avis que le moyen manque en droit, dans la mesure où les arrêts de la Cour sur lesquels il repose énoncent une règle spécifique, formulée à l'origine dans un cas d'espèce particulier, qui doit céder devant la règle générale découlant du mécanisme de la naissance de la dette fiscale propre à la matière des impôts sur les revenus. Aussi, la réponse que je donne au moyen commande, à l'instar des développements du pourvoi et du mémoire en réponse, (1) **un bref rappel de la règle de la non-rétroactivité de la loi**. Celui-ci est ensuite suivi de (2) l'examen de son application en matière fiscale, ce qui nécessite un rappel des éléments créateurs de la dette fiscale et du moment où elle naît. Et, enfin, de ce qui précède est tiré (3) la conséquence pour la solution du cas d'espèce.

1) Non-rétroactivité de la loi - Rappel

7. Aux termes de l'article 2 du Code civil, "la loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif". Cette règle de la non-rétroactivité des lois, ainsi consacré par l'article 2 précité, constitue un principe général de droit(3), qui s'applique également aux arrêtés réglementaires(4).

Est rétroactive, la loi (ou l'arrêté réglementaire) "qui empiète sur le passé et le modifie; elle gouverne des situations définitivement accomplies, c'est-à-dire révolues"(5). Elle ne l'est dès lors pas, par le seul fait qu'elle s'applique aux effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi antérieure(6).

Pour l'heure, la Cour énonce la règle comme suit: en règle, une loi nouvelle s'applique, non seulement aux situations qui naissent à partir de son entrée en vigueur, mais aussi aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle, pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés(7).

La formulation de cette règle doit beaucoup aux écrits de, notamment, De Page, qui dans son *Traité Élémentaire de droit civil belge*(8) fait bien ressortir que la question est celle de savoir si la situation en cause, née sous l'empire de la loi antérieure, a en outre été "définitivement accomplie" sous l'empire de celle-ci, c'est-à-dire pour le dire avec les mots de Cour, si "des droits [sont] déjà irrévocablement fixés".

Autrement dit, le critère distinguant les lois d'application immédiate des lois qui ne le sont pas moins, mais qui ont un effet rétroactif, c'est l'atteinte à des droits irrévocablement fixés ou à des situations définitivement accomplies, c'est-à-dire juridiquement épuisés, sous l'empire de la législation antérieure(9).

8. L'interdiction de la rétroactivité des lois et arrêtés réglementaires a une portée relative.

Ainsi, votre Cour a dans ses arrêts du 18 mars 1960 (Bull. et Pas., I, 844) et 12 mai 1966 (Bull. et Pas., I, 1154) rappelé que la non-rétroactivité n'était pas une règle s'imposant au législateur, et qu'il pouvait y déroger.

L'interdiction diffère selon qu'il s'agit d'actes législatifs (lois, décrets et ordonnances) ou d'actes réglementaires pris par des organes exécutifs ou des autorités administratives, qu'ils soient fédéraux, régionaux, communautaires ou locaux.

Pour ce qui est des lois et arrêtés réglementaires, cette portée relative s'explique en raison de ce que le principe général de droit de la non-rétroactivité est consacré par une disposition législative ordinaire - l'article 2 du Code civil - et n'a, à ce titre, pas de rang constitutionnel(10). Par conséquent, le législateur ordinaire peut, en principe, y déroger pour ses actes(11).

9. Si le principe de la rétroactivité apparaît relatif pour ce qui est des normes législatives, il l'est tout autant pour ce qui est des arrêtés et règlements, et ce dans les limites similaires fixées aux normes législatives, c'est-à-dire la volonté du législateur. Ainsi ce dernier peut habiliter un organe exécutif ou une autorité administrative à y déroger(12). En revanche, il n'est pas du pouvoir de ceux-ci d'y déroger en dehors d'une telle habilitation(13). A l'inverse des arrêtés à contenu normatif, les arrêtés et actes à portée individuelle ne sont pas soumis à l'article 2 du Code civil et au principe général de droit qu'il consacre. Néanmoins, pour ces actes, la non-rétroactivité est aussi de règle. Le fondement en est la compétence de l'autorité administrative qui en est l'auteur, dans le chef de laquelle l'on ne peut présumer le pouvoir de modifier des situations juridiques révolues.

10. La portée relative du principe de la rétroactivité se heurte à deux interdits. Outre l'interdiction absolue de faire rétroagir une loi qui est imposée au législateur en droit pénal par les articles 7 et 15 de la Convention européenne des droits de l'homme(14), la faculté du législateur de déroger à l'interdit en droit civil est depuis peu limitée par une règle de droit révélée par la Cour constitutionnelle. Pour cette dernière "l'élément rétroactif (que comporte le système spécial de responsabilité instauré en matière de pilotage en mer) porte atteinte au principe fondamental de la sécurité juridique, selon lequel le contenu du droit doit en principe être prévisible et accessible de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise".

Mais pour la Cour constitutionnelle l'interdit de la rétroactivité posé par le principe de sécurité juridique n'est pas davantage absolu dès lors que "cette atteinte au principe n'est pas, dans les circonstances de l'espèce, disproportionnée par rapport à l'objectif général visé par la législation attaquée"(15).

Dans des arrêts postérieurs au précité, la Cour constitutionnelle décide que "à peine de méconnaître les exigences de la sécurité juridique, le législateur ne peut porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt des sujets de droit à se trouver en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes"(16).

Pour d'aucuns, il ressort de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que le principe de sécurité juridique, élevé au rang de principe général de droit à valeur constitutionnelle, combiné avec le principe d'égalité et de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, l'autorise à sanctionner des normes législatives rétroactives(17).

Cela étant, la sécurité juridique n'est pas, comme telle, un principe général de droit dont la violation pourrait être censurée par la Cour de cassation(18). En outre, **le principe de la sécurité juridique dégagé par la Cour constitutionnelle ne se confond pas avec le principe général de droit de la non-rétroactivité des lois**(19). Enfin, en matière de sécurité sociale, "votre Cour a rejeté la voie du principe de confiance légitime [mis à mal par la rétroactivité de mesures prises par les institutions de sécurité sociale] pour privilégier celle du principe de légalité"20.

EXTRAIT DES REFERENCES

(3) Cass., 22 octobre 1970, Pas., 1971, I, 144, et les conclusions du Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH; R.C.J.B., 1972, p. 283 et note A. VANWELKENHUYZEN. Dans un arrêt du 18 janvier 1924 (Bull. et Pas., 1924, I, 141), la Cour considère que ce principe de la non-rétroactivité constitue à la fois un précepte pour le législateur, une obligation pour le juge et une garantie pour le citoyen "qui, cependant ne reçoit point un caractère absolu dans la mesure où le juge doit appliquer la loi au passé, si telle a été l'intention expresse ou tacite du législateur". La formule remonte au législateur de 1804 (v. Pand. B., V° Rétroactivité (Lois civiles et politiques), n° 4).

(4) Ibid.; v. aussi Cass., 22 janvier 1996, RG S.95.0011.F, Pas., 1996, n° 44 et les conclusions de M. J.-Fr.

LECLERCQ, avocat général.

(5) **GANSHOF VAN DER MERSCH, conclusions avant Cass., 22 octobre 1970, op.cit., p. 155.**

(6) Ibid. Suivant les Pandectes belges, "une loi rétroagit, c'est-à-dire régit le passé, si, par suite d'une fiction, elle est regardée comme ayant existé à une époque antérieure à son existence réelle" (V° Rétroactivité (Lois civiles et politiques), n° 2).

(7) **La genèse de cette formulation a été particulièrement longue** (Cons. cass., 27 juin 1935, Bull. et Pas., 1935, I, 296; 8 février 1957, ibid., 1957, I, 681; 12 septembre 1940, Bull. et Pas., 1940, I, 215). C'est par un arrêt du 3 juin 1966 (Bull. et Pas., 1966, I, 1258) que la Cour décide qu'une loi nouvelle d'ordre public ou relative à un service public est, comme toute autre loi, immédiatement applicable à tous les effets futurs de situations nées sous l'empire de la loi ancienne, son caractère spécial étant impuissant à la rendre applicable aux situations antérieures définitivement accomplies, à moins cependant qu'elle n'a été expressément déclarée applicable avec effet rétroactif aux dites situations" (cons. Cass., 12 mai 1966, Bull. et Pas., 1966, I, 1154). Cette formule sera reprise, pour ainsi dire à l'identique, dans un arrêt du 22 octobre 1970 (Bull. et Pas., 1971, I, 144) précédé de conclusions particulièrement fouillées sur cette question du Procureur général Ganshof van der Mersch. **Cet éminent magistrat écrit notamment: "la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure est soumise, à défaut de dérogation, à une limite: les situations nées sous l'empire de la loi ancienne et qui sont définitivement accomplies avant l'entrée en vigueur de la loi nouvelle ne sont pas soumises à celle-ci" (p. 156) et "pour que la loi nouvelle ne règle pas les effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure, il faut que la situation soit accomplie, c'est-à-dire juridiquement épuisée" (id.).**

Il revient à un arrêt du 19 février 1987 (Bull. et Pas., RG 1514, n° 361) de décider que "la loi s'applique non seulement aux situations qui naissent à partir de sa mise en vigueur, mais encore aux effets futurs des situations nées sous le régime de la loi antérieure qui se produisent ou se prolongent sous l'empire de la loi nouvelle".

Dans ses conclusions précédant l'arrêt, le procureur général Baron Krings donne de la règle l'explication suivante: "La Loi a pour objet de déterminer la conduite des citoyens. Ceux-ci doivent savoir ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire. Plus le nombre de membres de la communauté est grand, plus complexe devient la vie au sein de cette communauté. Il faut donc la régler. Tel est l'objet de la loi. Puisque la loi sert à régler le comportement des individus, elle règle en principe le futur. Il faut que chaque citoyen puisse déterminer son comportement conformément à ce que la loi lui impose. La loi ne règle donc pas le passé. Le comportement passé est définitivement révolu. On ne peut matériellement plus rien y changer. Un règlement qui aurait pour objet de régler le passé n'aurait pas de sens. **On peut cependant concevoir deux cas au moins, où l'intervention de la loi par rapport au passé est concevable et d'ailleurs se produit dans la réalité. Il est possible de régler les effets futurs d'actes accomplis dans le passé. Il est aussi possible de déterminer les conséquences juridiques d'actes accomplis dans le passé, même si ces conséquences se sont réalisées dans le passé"**(p. 724). Les solutions à donner au problème de l'application des lois dans le temps sont synthétisées par le Baron Krings comme suit: "en règle:

1- point de rétroactivité de la loi nouvelle, c'est-à-dire que la loi ancienne garde ses effets pour tout ce qui a eu nouvelle (art. 2 du Code civil),

2) effet immédiat de la loi nouvelle pour tout ce qui se déroule après son entrée en vigueur. La première règle se justifie non seulement par les considérations déjà émises ci-dessus, mais aussi par la disposition expresse de l'article 2 du Code civil. La seconde règle se justifie par la considération que lorsque le législateur modifie la loi existante ou énonce une règle nouvelle, c'est qu'il estime que dans la situation qui existe au moment où il intervient, il y a lieu désormais de régler cette situation de la manière qu'il énonce. Aucune de ces deux règles n'a un caractère constitutionnel, c'est-à-dire coercitif pour le législateur, de sorte que celui-ci peut y déroger (p.725). Enfin, c'est dans un arrêt du 22 février 1988 (Bull. et Pas., RG 7867, n° 381) que la Cour, sauf erreur, pour la première fois, formule la **règle dans les termes que nous lui connaissons aujourd'hui. L'évolution, par rapport à la formule énoncée dans l'arrêt précité du 19 février 1987, est l'ajout de la précision - d'importance décisive dans la présente cause - "pour autant que cette application ne porte pas atteinte à des droits déjà irrévocablement fixés". Il est permis de penser, à la lecture des conclusions de Madame le Procureur général Liekendael, alors avocat général, précédant cet arrêt, que celle-ci a, dans la formulation de cette précision (Pas., p. 746) été inspiré par un arrêt du 30 janvier 1941 (Bull. et Pas., 1941, I, 22). Depuis lors, cette formule a été répétée dans de nombreux arrêts subséquents, parfois avec des variants en raison des circonstances de cas d'espèce soumis à la censure de la Cour. Pour un cas récent, v. Cass., 9 septembre 2004, RG C.03.0492.F, n° 399.**

(8) T. 1er, nos 231, 231bis, 231quinquies et 232.

(9) **Pour la Cour constitutionnelle, "l'octroi d'un effet rétroactif à une règle de droit signifie en principe que cette règle s'applique aux rapports juridiques nés et définitivement accomplis avant son entrée en vigueur"** (arrêt n° 36/90 du 22 novembre 1990.).

(10) Cass., 17 novembre 2005, RG C.03.0430.N, n° 604.

(11) La loi pénale qui définit une infraction nouvelle ou aggrave une peine ne peut rétroagir. Ici le législateur national se heurte aux articles 7 et 15 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, lesquels sont directement applicables dans l'ordre juridique belge, et qui, en cas de conflit avec une disposition légale interne, l'emportent à titre de primauté du droit supranational.

(12) V. Cass., 22 octobre 1970, o.c..

(13) V. I. du 4 août 1986 portant des dispositions fiscales, qui, en son article 108, dispose que "les arrêtés pris pour l'exécution des lois fiscales ne disposent que pour l'avenir. Ils n'ont pas d'effet rétroactif, sauf dérogation expresse prévue par la loi". En cas de violation du principe par des arrêtés et règlements

généraux, provinciaux et locaux, l'article 107 de la Constitution fait un devoir aux cours et tribunaux de ne pas les appliquer. Sur cette question, v. aussi G. VAN FRAEYENHOVEN et F. LEURQUIN-DE VISSCHER, o.c., pp. 288 et s.

(14) Sur ce fondement spécifique, v. A. VANWELKENHUYZEN, note sous Cass., 22 octobre 1970, R.C.J.B., 1972, p. 315.

(15) C.A., 5 juillet 1990, n° 25/90, M.B., 6 octobre 1990, p. 19.196, Considérant 8.B.7.2. Il n'est pas sans intérêt de relever que, à l'inverse de la cour d'arbitrage, la Cour européenne des droits de l'homme a dans un arrêt du 20 novembre 1995 condamné la Belgique pour avoir adopté la loi du 30 août 1988 sur le pilotage des bâtiments de mer, qui avait un effet rétroactif de 30 ans. Pour rappel, elle supprimait, avec effet rétroactif à trente ans et sans contrepartie, les créances de réparation que les victimes d'accident de pilotage avaient pu faire valoir contre l'Etat belge ou des sociétés privées. Pour la Cour des droits de l'homme c'est là une ingérence dans le droit de propriété protégé par l'article 1 du protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette privation de propriété au sens de l'article 1er, alinéa 1er, seconde phrase, du protocole n° 1 a certes été commise dans un but d'utilité publique, mais en violation du principe de proportionnalité.

(16) C.A., 15 juillet 1993, n° 59/93, considérant B.8.3; ibid., 11 février 1993, n° 10/93, considérant B.9.3. Dans certains arrêts, la cour d'arbitrage énonce le principe en se fondant sur l'article 2 C.civ.; v. p. ex. 20 mai 1998, n° 49/98, considérant B.4 et 19 février 1997, n° 7/97, consid. B.4.6), dans d'autres, elle le fait sans une telle référence.

(17) Cons. L.P. SUETENS, "De retroactiviteit van wetten, decreten en ordonnanties", T.F.R., 1993, n° 5.3, p. 221; G. VAN FRAEYENHOVEN et F. LEURQUIN-DE VISSCHER, "La rétroactivité et l'effet d'annonce en matière fiscale", in Protection des droits fondamentaux du contribuable, Dir. R. ANDERSEN et J. MALHERBE. Bruylants, Bruxelles, 1993, p. 285. Selon ces auteurs, la rétroactivité des actes législatifs est l'exception, soumise par la Cour constitutionnelle, pour l'essentiel, à trois contraintes: la volonté certaine du législateur, le principe de la sécurité juridique et le principe de la séparation des pouvoirs; R. ERGEC, "La rétroactivité en droit fiscal, R.G.F.", 1997, n° 19, p. 8; M. DASSESSE, "Retroactiviteit in het fiscaal recht - Een stand van zaken in België en in de Europese Gemeenschap", T.F.R., 2001, p. 880. La démarche de la Cour constitutionnelle peut être résumée comme suit: "le contenu d'un droit doit en principe être prévisible et accessible, de sorte que le sujet de droit puisse prévoir, à un degré raisonnable, les conséquences d'un acte déterminé au moment où cet acte se réalise" (C.A., 5 juillet 1990, o.c.). En conséquence, "le législateur ne peut porter atteinte sans justification objective et raisonnable à l'intérêt que possèdent les sujets de droit à se trouver en mesure de prévoir les conséquences juridiques de leurs actes" (C.A., 11 février 1993, o.c.); "la rétroactivité de dispositions législatives, qui est de nature à créer de l'insécurité juridique, ne peut se justifier que par des circonstances particulières" (C.A., 6 novembre 1997, n° 64/97).

(18) Cl. PARMENTIER, "La sécurité juridique: un principe général de droit?", in La sécurité juridique, éd. du Jeune barreau de Liège, 1993, pp. 32 et s. Si, pour la Cour, le droit à la sécurité juridique est compris dans les principes de bonne administration qui s'imposent à l'administration fiscale, il ne justifie pas pour autant que l'on maintienne un accord dérogatoire à la loi. Il n'est pas de circonstances juridiques où le droit à la sécurité doit céder devant le principe de légalité. Sur cette question, v. Cass., 26 octobre 2001, RG F.00.0034.F, n° 577 et les conclusions du ministère public; 6 novembre 2000, RG F.99.0108.F, n° 598 avec les conclusions de M. J.-F. LECLERCQ, Premier avocat général; 3 novembre 2000, RG F.98.0072.N, n° 596, avec les conclusions de M. THIJS, avocat général délégué.

(19) Sur les hypothèses où la Cour constitutionnelle refuse d'appliquer le principe de la sécurité juridique malgré la rétroactivité des dispositions légales contestées, sur celles où elle applique le principe alors que les dispositions ne sont pas rétroactives et, enfin, sur les dérogations au principe même de la sécurité juridique, v. O. BERTIN, "Les lois rétroactives en matière d'impôt sur les revenus", J.D.F., 2001, nos 23 et s., pp. 10 et s.. Et que dire de la réflexion de cet auteur, qu'en vertu de la primauté du droit supranational (Cass., 27 mai 1971, Bull. et Pas., I, 886) la rétroactivité des lois et règlements peut être contrôlée par les Cours et tribunaux à l'aune du principe de proportionnalité, sur la base de l'article 1er, alinéa 1er, du Protocole additionnel n° 1, dès lors qu'est admis que la loi fiscale constitue une privation de la propriété et que sa rétroactivité constituerait une violation du principe de proportionnalité (ibid., nos. 39 et s. pp. 220 et 3)?

(20) M. le procureur général J.-F. LECLERCQ, "Sociale zekerheid: honderdduizend of niets, stop je of ga je verder? Sécurité sociale: stop ou encore?", discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 3 septembre 2007, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.51. Pour une très nette réaffirmation de la primauté du principe de légalité, v. Cass., 26 mai 2003, RG. S.01.0108.F, n° 318, avec les conclusions de J.-F. LECLERCQ, Procureur général.

(21) Pour mémoire, en principe, l'autorisation annuelle de la levée des impôts existant fait l'objet d'une disposition dans la loi contenant le budget des voies et moyens, qui doit être votée avant la fin de l'année civile. Toutefois, à défaut de ce vote du budget en temps utile, l'autorisation est accordée par la loi de finances.

(22) De manière concrète, le principe constitutionnel de l'annualité de l'impôt a pour conséquence que pour chaque période imposable une nouvelle déclaration doit être faite et introduite.

(23) J.J. COUTURIER et B. PEETERS, Belgisch Belastingrecht, Maklu, Antwerpen, 11de druk, 2003, p. 51; M. SPRUYT, "Beschouwingen over het ontstaan van de belastingschuld", in Liber Amicorum Prof. Em. Krings, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 1072 et s.

(24) E.K., note sous Cass., 24 octobre 1975, Bull. et Pas., 1976, I, 247 et cet arrêt, ibid., p. 248; J.J. COUTURIER et B. PEETERS, o.c.. L'enrôlement est la formalité par laquelle le directeur régional des contributions ou son délégué, dans le ressort duquel est établi le redevable, porte le nom de celui-ci et le montant de l'impôt dû par lui sur le rôle. Le rôle est la liste nominative de tous les contribuables de la circonscription. Ce rôle est signé par le directeur et revêtu de la formule exécutive; c'est le titre de créance que l'administration se crée. Ce rôle, qui invite le contribuable à payer l'impôt endéans un délai déterminé, sous peine de contrainte, lui est adressé par un avertissement-extraits de rôle (v. p. ex. M. DASSESSE et P. MINNE, Droit fiscal, Bruylant, Bruxelles, 2e éd., 1991, pp. 171 et s.).

(25) Cass., 20 décembre 1985, RG F.1210.N - F.1221.N, Pas., 1986, n° 274 et les nombreuses références citées en note 1.

(26) V. p. ex., Cass., 29 octobre 1987, RG F.810.F, n° 127, 14 avril 1989, RG F.1541.N, n° 457, 25 mai 1989, RG F.992.F, n° 548, 12 octobre 1989, RG F.1004.F, n° 90, 22 décembre 1989, F.J.F. 90/177, 17 octobre 1991, RG F.1146.F, n° 97; 22 novembre 1991, RG F.1917.F, n° 151, 13 mars 1992, n° 370, 22 octobre 1992, F.J.F. RG F.1205.F, n° 685; 19 février 1993 (Pas., 1993, RG F.1955.N, n° 108); 27 mai 1993, inédit, 23 mars 1994, RG F.94.0030.F; 9 juin 1995, RG F.93.0021.N, n° 286, 9 juin 1995, RG F.93.0033.N, n° 287.

(27) V. p. ex. Cass., 14 février 1966, Bull. et Pas., I, 1966, 703, 2 septembre 1969, Bull. et Pas., I, 3, 6 septembre 1973, Bull. et Pas., 1974, I, 11.

(28) V. supra, n° 1

(29) R. ERGEC, "La rétroactivité en droit fiscal", R.G.F., 1997, n° 36, p. 12.

(30) Cette catégorie est qualifiée d'impôt indirect parce qu'il frappe, au moment de son accomplissement, une opération passagère de part sa nature, qui émane du contribuable et qui doit se renouveler pour donner lieu une nouvelle fois à l'impôt.

(31) Cette catégorie est qualifiée d'impôt direct; il frappe une situation durable de part sa nature et pouvant donner lieu à une contribution recouvrée périodiquement à charge des mêmes contribuables.

(32) M. SPRUYT, o.c., n° 8, p. 1074; J. VAN HOUTTE, Beginselen van het Belgisch belastingrecht, Gent, Story-Scientia, 1979, p. 152.

(33) S. VAN CROMBRUGGE, "Belastbaar tijdperk en aanslagjaar in de inkomstenbelastingen" in Liber Amicorum, 60 jaar VRG Gent, 1907, n° 4, p. 210.

(34) Arrêté d'exécution du C.I.R. 92, art. 200. Par contre, pour le précompte immobilier ou mobilier ou encore pour certains précomptes professionnels, le Roi a arrêté que la période imposable coïncide avec l'année dont le millésime désigne l'exercice d'imposition.

(35) Art. 360, al. 1er, C.I.R. 92.

(36) Art. 359, al. 2, C.I.R. 92.

(37) V. A. SPRUYT, o.c., n° 20, p. 1803; S. VAN CROMBRUGGE, o.c., p. 210.

(38) Il est permis de penser que le législateur englobe dans l'assiette non seulement celle-ci au sens strict mais aussi la base de l'impôt et le taux appliqué à celle-ci.

(39) V. p. ex. Loi de finances budgétaires pour l'année budgétaire 2008, du 12 décembre 2007, M.B. du 20 déc. 2007, art. 15, e.v. le 1^{er} janvier 2008. Nous soulignons.

(40) Sur ce que la dette fiscale est gouvernée par la loi fiscale organique applicable au moment de sa naissance matérielle, et que cette dette ne peut plus être modifiée par une loi entrée en vigueur postérieurement à sa naissance matérielle, v. A. SPRUYT, o.c., nos 24 et s., pp. 1086 et s.; J.J. COUTURIER, o.c., n° 8, p. 87.

(41) M. le Doyen Kirkpatrick conclut également en ce sens. Pour ce très éminent théoricien et praticien du droit fiscal, "le régime fiscal du contribuable est définitivement fixé à la date de clôture de la période imposable" (Examen de jurisprudence - 1968 à 1982, R.C.J.B., 1984, n° 10, p. 688).

Il partage la considération émise par la cour d'appel d'Anvers dans un arrêt du 4 septembre 1980 (J.D.F., 1981, 356; R.W., 1981-1982, col. 1404, avec les conclusions du ministère public) qu'en matière d'impôts sur les revenus, la dette d'impôt naît définitivement à la date de clôture de la période dont les revenus constituent la base de l'impôt (v. VAN HOUTTE, o.c. et l.c.).

(42) Cass., 17 mai 1985, RG. F.1204.N, Pas. 1985, n° 561.

(43) Id., p. 1166.

(44) Id., p. 1167. Nous soulignons.

(45) Cass., 5 mai 1970, Bull. et Pas., I, 766 et les conclusions du premier avocat général MAHAUX.

(46) Cette considération paraît à M. le professeur Kirkpatrick être "gravement inexact: en matière d'impôt sur les revenus, nous pensons, au contraire, que le régime fiscal du contribuable est définitivement fixé à la date de clôture de la période imposable" (o.c. et l.c.).

(47) Cass., 7 mai 1970, o.c., 769.

(48) Cass., 7 mai 1970, o.c., p. 775.

(49) Ibid, p. 769, 2e col.

(50) Ibid, o.c., p. 775.

Schématiquement, le raisonnement peut être résumé comme suit:

a) La loi du 20 décembre 1962 dispose que: a) elle est applicable à l'impôt des personnes physiques (IPP) à partir de l'exercice d'imposition 1964 (EI 64); b) l'EI commence le 1^{er} janvier et finit le 30 décembre; c) l'impôt dû pour un EI est établi sur les revenus de la période imposable (PI); d) le Roi détermine la P.I. et ses revenus.

b) Par conséquent, comme la loi n'est, pour l'I.P.P., applicable qu'à partir de l'EI. 64 (a), il faut qu'en vertu de sa "délégation" le Roi détermine au moins la PI et ses revenus (c, d) rattachés à l'EI. 64, qui commence à courir le 1^{er} janvier 1964 et finit le 31 décembre 1964 (b).

c) Quand, au plus tard, le Roi doit-il s'exécuter de cette tâche? Selon le ministère public, au vu des textes, pendant l'EI 64. La Cour, extrapolant cette solution retenue pour ce cas d'espèce, décide que c'est aussi en ce sens qu'il faut lire l'article 265 C.I.R. 64, disposition qui succède, dans les mêmes termes, à l'article 38, § 2, précité.(...)

(51) V. supra, n° 20 et s..

(52) Id.

(53) Cass., 20 décembre 1985, o.c.; v. supra. n° 14.

(54) V. supra n° 9 et s.

(55) J. VAN HOUTTE, Principes de droit fiscal belge, 1958, n° 117, p. 87 Ainsi relève d'un arrêté royal d'exécution, "le mode à suivre pour les déclarations, la formation et la notification des rôles, les paiements, les quittances, etc. (ibid.)

(56) W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, "L'impôt et la loi", Mélanges Gothot, ULg., 1962, pp. 251 et 3.

(57) Ibid., p. 296. En théorie, les successeurs de l'article 38, §2, que sont les articles 265 C.I.R. 64 et C.I.R. 92 n'encourent-ils pas le même reproche? Ces hypothèses, ici critiquées, ne se confondent pas avec celle d'une délégation en matière fiscale procédant d'un choix du Constituant, option sur laquelle la cour constitutionnelle estime n'avoir pas de compétence pour se prononcer. Pour un cas d'application v. C.Const, arrêt n° 124/2006 du 28 juillet 2006, et commentaire in Rapport de la Cour constitutionnelle, 2006, p. 74

(58) C.A., 23 juin 2004, n° 111/2004, considérant B.11 (nous soulignons). Cet arrêt fut précédé d'un arrêt du 15 septembre 1999 (n° 99/99, considérant B.4.5.) où la Cour constitutionnelle énonçait que "Il est admis qu'en matière d'impôts sur les revenus, le fait imposable ne se prescrit qu'au 31 décembre de l'année qui précède l'exercice d'imposition et que des modifications peuvent encore être apportées à la dette fiscale, dans un sens positif ou dans un sens négatif, jusqu'à cette date". Dans un arrêt subséquent du 16 novembre 2000 (n° 115/2000, considérant B.7.1.) elle utilisa une formule plus proche de l'actuelle en énonçant que "En matière d'impôts sur les revenus, la dette d'impôt naît définitivement à la date de la clôture de la période dont les revenus constituent la base d'imposition. En matière de taxes sur les jeux et paris, cette période se termine le 31 décembre".

SYNTHESE

Depuis le 1.9.2012 nul ne peut prescrire un chemin ou sentier de l'atlas

Cette interdiction ne s'applique pas aux prescriptions trentenaires de chemins ou sentiers de l'atlas échues au 1.9.2012

Une partie des juges (et de la doctrine) estime dès lors toujours (et pour longtemps) pouvoir juger des contestations portant sur des prescriptions trentenaires échues avant le 1.9.2012. en prenant en compte les éléments objectifs dont dispose le juge, à savoir l'impossibilité matérielle de passer (passage réellement infranchissable sur le tracé de l'atlas par la présence d'un obstacle infranchissable depuis 30 ans au 1.9.2012 (par exemple une construction, un plan d'eau mais pas une clôture)

Une autre partie des juges invoquait le déclinatoire de juridiction en refusant dès lors de statuer parce que le décret du 3.6.2011 confirmé par celui du 6.2.2014 a enlevé désormais au juge toute juridiction pour statuer sur l'existence ou non d'un sentier ou chemin présent à l'ancien atlas.

Cependant l'arrêt de cassation du 27 mai 2021 interdit au juge d'invoquer le déclinatoire de juridiction et l'oblige dès lors à statuer car, l'interdiction de prescrire un chemin ou sentier ex-vicinal ne s'applique pas aux situations échues avant le 1.9.2012, lesquelles doivent continuer à être traitées par les juges même après l'entrée en vigueur des décrets du 3.6.2011 (le 1.9.2012) et du 6.2.2014 (le 1.4.2014) qui interdisent de supprimer un chemin ou sentier de l'ancien atlas par prescription.

Cette position de la Cour de Cassation prise en l'absence d'un avocat défendant la thèse contraire) soulève cependant des questions multiples et met en lumière des contradictions dans la jurisprudence de la Cour (notamment au sujet des droits irrévocablement fixés) qui empêchent d'appliquer la nouvelle législation (interdisant de prescrire) alors que des droits irrévocablement fixés ne sauraient l'être que via un jugement préalable coulé en force de chose jugée.

La Cour semble considérer que la prescription extinctive possible jusqu'au 31.8.2012 échappe à la nécessité de disposer d'un jugement fixant irrévocablement les droits qui soit préalable à l'entrée en vigueur des décrets du 3.6.2012 ou du 6.2.2014. Pour la Cour, il semble que la prescription extinctive étant un fait juridique obtenu simplement par le temps qui passe, il ne présuppose ni ne s'accompagne d'aucune acte juridique ni d'aucune manifestation de volonté qui serait destinée à produire des effets de droits.

Dans le droit des biens la prescription extinctive, par non-usage éteint certains droits réels tels que les servitudes . La propriété par contre ne s'éteint pas par non usage. Elle ne s'éteint relativement à une chose (par exemple un chemin avec assiette communale) que si un possesseur l'a tenue pendant le temps requis pour prescrire (30 ans).

Pour qu'il y ait prescription extinctive, il faut cessation complète de l'usage public. La jurisprudence de la Cour de Cassation (arrêts du 13.1.1994 et du 15.11.2010) est constante. De simples faits de passage occasionnel, accidentel, isolé du public suffisent à conserver et maintenir l'imprescriptibilité du chemin ou sentier de l'atlas mais il doit s'agir du tracé de l'atlas et pas d'une déviation .

La charge de la preuve de la non-utilisation revient à celui qui se prétend possesseur (cass. 28.10.2004) et si , pour un passage occasionnel, isolé, cela relève, comme le souligne Mme Déom dans un article de doctrine de la preuve « quasi-diabolique », force est de constater que bon nombre de juges de paix se contentent de la preuve dite « raisonnable » consistant à évaluer la pertinence des témoignages affirmant un passage au moins isolé d'une part et les témoignages affirmant une absence totale de passage d'autre part.

L'arrêt de cassation du 27 mai 2021 ne fait qu'ajouter des incertitudes juridiques alors que d'aucuns attendaient précisément des éclaircissements de la Cour suprême face aux orientations disparates de la jurisprudence depuis la naissance de la controverse après l'adoption du décret du 3.6.2011. La Cour a certes tranché pour la continuité de la compétence du juge à statuer sur des situations échues avant le 1.9.2012 mais ne répond pas à une série d'interrogations et de contradictions évoquées dans le texte qui précède cette synthèse.

Il faudra donc continuer à rester vigilant et traquer les jugements de justice de paix ou de tribunaux d'instance qui ne respectent pas les balises des arrêts de cassation du 13.1.1994 et 15.11.2010.

Albert STASSEN