N° 27 / 12.
du 30.4.2012.

Numéro 2966 du registre.

Audience publique extraordinaire de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du lundi, trente avril deux mille douze.

Composition:

Marie-Paule ENGEL, présidente de la Cour,
Léa MOUSEL, conseillère à la Cour de cassation,
Georges SANTER, conseiller à la Cour de cassation,
Marie-Anne STEFFEN, présidente de chambre à la Cour d'appel,
Brigitte KONZ, conseillère à la Cour d'appel,
Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint,
Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.

E n t r e :

1) X.), demeurant à L-(…), (…), et son épouse
2) Y.), demeurant à L-(…), (…),

demandeurs en cassation,

comparant par Maître Nicky STOFFEL, avocat à la Cour, en l'étude de laquelle domicile est élu,

e t :

la société anonyme SOC1.), établie et ayant son siège social à L-(…), (…), représentée par son conseil d'administration actuellement en fonction, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B (…),

défenderesse en cassation,

comparant par Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

LA COUR DE CASSATION :

Sur le rapport de la conseillère Léa MOUSEL et sur les conclusions de l'avocat général Jean ENGELS ;

Vu les jugements attaqués rendus les 1er octobre 2010 et 14 janvier 2011 par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dixième chambre, siégeant en matière civile, dans la cause inscrite sous le numéro 121492 du rôle ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 6 avril 2011 par X.) et Y.) à la société anonyme SOC1.), déposé le 8 avril 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 23 mai 2011 par la société anonyme SOC1.) à X.) et à Y.), déposé le 27 mai 2011 au greffe de la Cour ;

Vu le nouveau mémoire signifié le 25 octobre 2011 par X.) et Y.) à la société anonyme SOC1.), déposé le 3 novembre 2011 au greffe de la Cour supérieure de justice pour autant qu'il satisfait aux exigences de l'article 17 de la loi modifiée du 18 février 1885 sur les pourvois et la procédure en cassation ;

Sur les faits :

Attendu, selon les jugements attaqués, que le tribunal de paix de Luxembourg, siégeant en matière civile, avait débouté la société SOC1.) de sa demande à voir dire que le lot A des consorts X.)-Y.) est grevé d'une servitude de passage au profit du lot B ; qu'il avait encore débouté les défendeurs de leur demande reconventionnelle ; que sur appel de la société SOC1.), le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, dans le jugement avant dire droit du 1er octobre 2010, ordonna une visite des lieux et, dans le jugement définitif du 14 janvier 2011, par réformation, déclara fondée la demande de la société anonyme SOC1.) à voir dire que le lot A, appartenant aux époux X.) et Y.), est grevé d'une servitude de passage au profit du lot B, appartenant à la société anonyme SOC1.) et que ce passage pourra s'exercer de la manière la plus générale, aussi bien à pied qu'avec des véhicules de tous genres sans aucune limitation, déclara fondée la demande de la société anonyme SOC1.) en suppression de la barrière, du mur ainsi que du grillage le long du lot A appartenant aux époux X.) et Y.), fixa l'astreinte en faveur de la société anonyme SOC1.) à 100.- euros par jour de retard, se déclara incompétent quant aux demandes de part et d'autre pour la fixation de l'assiette de la servitude invoquée par les parties au litige, cette fixation étant de la compétence du juge du pétitoire ;

Sur le premier moyen de cassation et sur le moyen de cassation subsidiaire :

le premier, tiré *« de la violation des articles 203, 226 et 227 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que, par rapport au jugement du 1er octobre 2010, un magistrat qui ne faisait pas partie de la composition de la Xème chambre du tribunal d'arrondissement de Luxembourg a été nommé magistrat de la mise en état et a fait le rapport d'audience,

alors que selon l'article 203 du Nouveau code de procédure civile, l'affaire est instruite sous le contrôle d'un magistrat de la chambre à laquelle l'affaire est distribuée,

que selon l'article 226 du même Code, le magistrat de la mise en état est en principe chargé du rapport, sauf au président à nommer un autre magistrat de la composition et que selon l'article 227 du Nouveau code de procédure civile, de l'accord des avocats, le juge de la mise en état ou le magistrat chargé du rapport peut tenir seul l'audience pour entendre les plaidoiries. Il en rend compte au tribunal dans son délibéré » ;

le moyen de cassation subsidiaire, tiré *« de la violation de l'article 249 du Code civil,*

en ce que la composition du tribunal n'était pas celle indiquée au jugement,

alors que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile, la rédaction des jugements contiendra les noms des juges » ;

Mais attendu que la Cour, comparant la composition de la dixième chambre du tribunal telle qu'indiquée dans l'expédition du jugement du 14 janvier 2011, non critiquée, et celle indiquée dans l'expédition du jugement du 1er octobre 2010 et, constatant que dans ces deux décisions le même magistrat est juge rapporteur, en déduit que l'indication du nom du juge délégué dans le jugement du 1er octobre 2010 est le résultat d'une erreur matérielle ;

Qu'une erreur matérielle ne saurait faire l'objet d'un recours en cassation ;

D'où il suit que les moyens sont irrecevables ;

Sur le moyen de cassation plus subsidiaire :

tiré *« de la violation de l'article 358 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que la visite des lieux ordonnée par jugement du 1er octobre 2010 a été exécutée par les magistrats ayant rédigé le jugement du 14 janvier 2011 et pas par ceux qui ont rédigé celui qui a ordonné l'enquête,

alors que selon l'article 358 du Nouveau code de procédure civile, la décision qui ordonne une mesure d'instruction ne dessaisit pas le juge » ;

Mais attendu que le moyen procède d'une interprétation erronée de l'article 358 du Nouveau code de procédure civile qui prévoit que la juridiction reste saisie du litige en cas de décision ordonnant une mesure d'instruction ; que le législateur n'exige pas, lorsque deux jugements sont rendus, l'un sur une mesure d'instruction, l'autre sur le fond, qu'ils soient rendus par les mêmes juges ;

Que le moyen est étranger au litige et ne saurait être accueilli ;

Sur le deuxième moyen de cassation :

tiré *« de la violation des articles 377 et 382 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que suite à la visite des lieux aucun procès-verbal n'a été dressé et qu'il n'a pas été fait mention des constatations, évaluations, appréciations et déclarations par une mention dans le jugement,

alors que selon l'article 382 du Nouveau code de procédure civile, il est dressé procès-verbal des constatations, évaluations, appréciations, reconstitutions ou déclarations et que la rédaction du procès-verbal peut être suppléée par une mention dans le jugement si l'affaire est immédiatement jugé en dernier ressort,

et que selon l'article 377 du Nouveau code de procédure civile, les procès-verbaux établis à l'occasion ou à la suite d'une mesure d'instruction sont adressés ou remis en copie au défenseur de chacune des parties » ;

Mais attendu que le tribunal, en faisant état dans son jugement du 14 janvier 2011 du résultat de la visite des lieux à laquelle il a été procédé, a suffi à l'exigence de l'article 382 du Nouveau code de procédure civile ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur les troisième et quatrième moyens de cassation réunis :

le troisième moyen, tiré *« de la violation de l'article 119 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que le tribunal dans son jugement du 1er octobre 2010 a déclaré la demande recevable par la motivation donnée aux pages 4 et 5 de sa décision et intitulée << Quant à la recevabilité de la demande de la société SOC1.) >> et que dans le jugement du 14 janvier 2011 il a, en réformant la décision du tribunal de paix du 4 février 2009, cumulé le possessoire et le pétitoire en qualifiant à la page 6 de son jugement l'action introduite par SOC1.) d'action confessoire << Il y a lieu de rappeler que le tribunal avait qualifié l'action de la société SOC1.) en tant qu'action confessoire permettant au propriétaire du fonds dominant d'exiger en justice la constatation ou la protection du droit lorsque celui-ci est méconnu et lui permettant encore d'obtenir la démolition des ouvrages empêchant l'exercice de la servitude ainsi que la remise des lieux en l'état précédant ... >> en disant à la

page 7 << Le tribunal, statuant en tant que juridiction d'appel sur l'action confessoire >> et en retenant dans le dispositif l'existence d'une servitude à charge du lot A des demandeurs en cassation, pour en décider l'exercice de la manière la plus générale, mais en déclarant également fondée la demande en suppression des barrières, tandis qu'il s'est déclaré incompétent pour fixer l'assiette de la servitude invoquée qui serait de la compétence du juge du pétitoire, le tribunal a cumulé le possessoire et le pétitoire,

en ce qu'en retenant ainsi, par les termes cités de la décision, l'existence d'une servitude de passage et en qualifiant celle-ci d'action confessoire, mais en statuant au possessoire, le tribunal a cumulé le possessoire et le pétitoire alors qu'il a constaté au possessoire l'existence d'une servitude, alors que cette constatation relève du pétitoire tandis que la demande en suppression des barrière, mur et grillage constitue une action possessoire,

alors que selon l'article 119 du Nouveau code de procédure civile le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés, et que le tribunal, vu le cumul d'actions de la part de la demanderesse, aurait dû déclarer la demande irrecevable sinon se déclarer incompétent pour le tout » ;

le quatrième moyen, tiré : « *de la violation des articles 118 et 119 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que le tribunal dans le dispositif de son jugement du 14 janvier 2011 statuant au possessoire (il s'est déclaré incompétent pour connaître de toute demande pétitoire et a forcément statué au possessoire) a déclaré fondée la demande de la société anonyme SOC1.) à voir dire que le lot A, appartenant aux époux X.) et Y.), est grevé d'une servitude de passage au profit du lot B, appartenant à la société anonyme SOC1.) et que ce passage pourra s'exercer de la manière la plus générale, aussi bien à pied qu'avec des véhicules de tous genres sans aucune limitation et a déclaré fondée la demande de la société anonyme SOC1.) en suppression de la barrière, du mur ainsi que du grillage le long du lot A, appartenant aux époux X.) et Y.),

alors que selon l'article 118 du Nouveau code de procédure civile l'action possessoire ne peut porter sur le fond du droit,

et que selon l'article 119 du Nouveau code de procédure civile le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés » ;

Mais attendu que ces deux moyens procèdent d'une lecture erronée du jugement du 14 janvier 2011 ;

Que le tribunal qualifiant, tout comme le juge de paix, l'action intentée par la société SOC1.) d'action confessoire et en accueillant la demande tendant à la reconnaissance d'une servitude de passage, a statué au pétitoire ;

Qu'en disant fondée la demande de la société SOC1.) en suppression de la barrière, du mur ainsi que du grillage le long du lot A, le tribunal n'a pas procédé à un cumul non autorisé du possessoire et du pétitoire ;

Que les moyens ne sont pas fondés ;

Sur le cinquième moyen de cassation:

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution, de l'article 61 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile pour contradiction de motifs,*

en ce que dans le dispositif de son jugement le tribunal s'est déclaré d'un côté incompétent pour procéder à la fixation de la servitude au motif qu'une telle action serait de la compétence du juge du pétitoire, tandis que d'un autre côté il s'est déclaré compétent pour connaître d'une action qu'il qualifie de << confessoire >> pour dire que le lot A est grevé d'une servitude de passage ; que le jugement comporte ainsi une contradiction de motifs valant absence de motifs,

alors que selon l'article 89 de la Constitution tout jugement est motivé,

que selon l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables,

et que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile tout jugement doit contenir la preuve de sa légalité et notamment une indication non contradictoire des motifs et du dispositif,

et qu'une action confessoire est une action réelle qui ressort du pétitoire. »

Mais attendu que les juges du fond n'ont pas statué au possessoire en faisant droit à la demande tendant à la reconnaissance d'une servitude de passage au profit du lot B, pouvant s'exercer de la manière la plus générale, aussi bien à pied qu'avec des véhicules de tous genres sans aucune limitation, mais ont statué au pétitoire ;

Que les juges du fond ne se sont dès lors pas contredits en disant que les demandes relatives à la fixation de l'assiette de la servitude invoquée par les parties au litige étaient de la compétence du juge du pétitoire ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le sixième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution et des articles 61 et 249 du Nouveau code de procédure civile pour contradiction de motifs,*

en ce que dans le jugement du 1er octobre 2010 notamment à la page 5 de la décision, le tribunal qualifie l'action de la SOC1.) d'action pétitoire ou confessoire, alors que dans le jugement du 14 janvier 2011 le tribunal dit comme suit : << Le tribunal, statuant en tant que juridiction d'appel sur l'action confessoire intentée par la société anonyme SOC1.), est incompétent pour la fixation de l'assiette de la servitude invoquée qui est de la compétence du juge du pétitoire. Le tribunal est partant incompétent pour statuer sur ce volet des demandes des deux parties >>. Le tribunal a ainsi nécessairement qualifié l'action confessoire comme étant une action possessoire, ceci en contradiction avec son jugement du 1er octobre 2010 où il qualifie l'action confessoire d'action pétitoire. Le tribunal a ainsi procédé par une contradiction de motifs valant absence de motifs,

alors que selon l'article 89 de la Constitution tout jugement est motivé

que selon l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables,

et que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile tout jugement doit contenir la preuve de sa légalité et notamment une indication non contradictoire des motifs et du dispositif

et qu'une action confessoire est une action réelle qui ressort du pétitoire » ;

Mais attendu qu'il n'y a pas de contradiction de motifs ; que les juges du fond ont statué au pétitoire tant par leur jugement avant dire droit du 1er octobre 2010 que par leur jugement définitif du 14 janvier 2011 qui a accueilli l'action confessoire ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le septième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 65 du Nouveau code de procédure civile, de l'article 53 du Nouveau code de procédure civile, et de l'article 6,1 de la Convention des droits de l'Homme,*

en ce que le tribunal a soulevé d'office et s'est basé d'office dans les deux jugements entrepris sur une action confessoire, qui n'a été ni invoquée par la SOC1.), ni plaidée à l'audience et ne se trouvait ainsi pas dans le débat, commettant ainsi une violation des droits de la défense,

alors que selon l'article 65 du Nouveau code de procédure civile, le juge doit en toutes circonstances faire observer lui-même le principe du contradictoire et ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations,

que selon l'article 53 du Nouveau code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties,

et que selon l'article 6,1 de la Convention européenne des droits de l'homme tout justiciable a droit à un procès équitable » ;

Mais attendu que la société SOC1.), lors de l'introduction de sa demande, a qualifié celle-ci d'action pétitoire ;

Que les juges du fond, en précisant que la demande était une action confessoire qui range dans la catégorie des actions pétitoires, n'ont pas violé les textes visés au moyen ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le huitième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 1351 du Code civil et des articles 53, 61 et 65 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que le tribunal malgré l'existence d'un jugement civil rendu en matière possessoire en date du 10 décembre 2002 ayant en confirmation d'un jugement du tribunal de paix du 22 juin 2000, déclaré irrecevable la demande en destruction de la barrière qui se trouve au-delà de la limite du lot C, a ordonné, également au possessoire, la suppression de la barrière, avec dans la foulée celle du mur et du grillage le long du lot A, en changeant d'office la base légale invoquée, qui était une action pétitoire, sans donner l'occasion aux demandeurs en cassation de prendre position et soulever la question de la chose jugée,

alors que selon l'article 1351 du Code civil, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'une même affaire, fondée sur le même objet et la même cause entre les mêmes parties soit toisée une seconde fois,

et que selon l'article 61 dernier alinéa, le juge ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat,

et que selon l'article 65 du Nouveau code de procédure civile, le juge doit en toutes circonstances faire observer lui-même le principe du contradictoire et ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations,

et encore que selon l'article 53 du Nouveau code de procédure civile, l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties » ;

Mais attendu que les juges du fond n'ont pas statué au possessoire mais au pétitoire en analysant les prétentions respectives des parties et dans les limites tracées par celles-ci ;

Que le moyen est dès lors inopérant ; qu'il ne saurait être accueilli ;

Sur le neuvième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution, de l'article 61 du Nouveau code de procédure civile, de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 682 du Code civil,*

en ce que le tribunal dans le jugement du 1er octobre 2010 par la motivation faite aux pages 4 et 5, intitulée << Quant à la recevabilité de la demande de la société SOC1.) >> et dans le jugement du 14 janvier 2011 qui se base sur cette motivation et répète à la page 6 : << Il y a lieu de rappeler que le tribunal avait qualifié l'action de la SOC1.) en tant qu'action confessoire permettant au propriétaire du fonds dominant d'exiger en justice la constatation ou la protection du droit lorsque celui-ci est méconnu et lui permettant encore d'obtenir la démolition des ouvrages empêchant l'exercice de la servitude ainsi que la remise des lieux en l'état précédant >> a qualifié la servitude existant sur le lot B de servitude confessoire,

alors que selon l'article 89 de la Constitution tout jugement est motivé,

que selon l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables,

que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile tout jugement doit contenir les motifs de sa décision

et que selon l'article 682 du Code civil, relatif à la servitude légale le propriétaire dont les fonds sont enclavés et qui n'a aucune issue sur la voie publique peut réclamer un passage sur les fonds de ses voisins pour l'exploitation de son héritage, à la charge d'une indemnité proportionnée au dommage qu'il peut occasionner » ;

Mais attendu que les juges du fond, en disant « l'existence d'une servitude conventionnelle exclut l'application des dispositions de l'article 682 du Code civil. Le tribunal ayant retenu l'existence d'une servitude conventionnelle, tous les moyens relatifs à l'existence ou non d'une enclave ne sont pas pertinents et partant à rejeter » ont répondu sur le point concerné ;

Que le moyen, pour autant qu'il vise la violation des articles 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile qui sanctionnent le vice de forme, n'est pas fondé ;

Attendu, d'autre part, que les juges du fond en concluant à la non-applicabilité de l'article 682 du Code civil, n'avaient plus à examiner les conditions de la servitude légale ;

Que sous ce volet, le moyen est inopérant ;

Sur les dixième et onzième moyens de cassation :

le dixième, tiré *« de la violation des articles 1165 et 1341 du Code civil, et de l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers*

en ce que le tribunal a décidé à la page 4 de son jugement << Ainsi il n'est pas nécessaire que la servitude soit déclarée dans l'acte translatif de propriété du fonds servant : le fonds est transmis avec ses qualités >>, et encore à la même page << La servitude conventionnelle en faveur du lot B initialement prévue dans l'acte notarié du 1er mars 1983 a été transmise passivement avec le fonds servant, de sorte qu'elle subsiste toujours, malgré le fait qu'elle n'ait pas été mentionnée dans l'acte notarié de vente du 16 juillet 1998. >>

alors que selon l'article 1165 du Code civil, les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes et qu'elles ne nuisent point au tiers,

que selon l'article 1341 du Code civil, il doit être passé acte devant notaire ou sous signatures privées de tous actes juridiques portant sur une somme ou valeur excédant celle de 2.500 euros

et que l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 exige que tous actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, translatifs de droits réels immobiliers autres que les privilèges et les hypothèques, seront transcrits au bureau de la conservation des hypothèques, dans le ressort duquel les biens sont situés. »

le onzième, tiré *« de la violation de l'article 691 du Code civil*

en ce que le tribunal a retenu l'institution d'une servitude conventionnelle au bénéfice du lot B SOC1.) et à charge du lot A X.)-Y.)

alors que selon l'article 691 du Code civil les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, telle une servitude de passage, ne peuvent s'établir que par titres » ;

Mais attendu que les juges du fond, en retenant « les servitudes sont, par principe, affectées ou produites par les fonds qui les supportent ou en profitent. Elles sont alors accessoires aux fonds qui fixent leur dimension (…). Ainsi la transmission des fonds impliquera la transmission active ou passive des servitudes : elles se transmettent activement avec le fonds dominant et passivement avec le fonds servant (…) la servitude conventionnelle en faveur du lot B initialement prévue dans l'acte notarié du 1er mars 1983 a été transmise passivement avec le fonds servant … », ont correctement appliqué l'article 691 du Code civil ;

Que le moyen, sous ce volet, est non fondé ;

Que les moyens tirés de la violation des articles 1165 et 1341 du Code civil, et de l'article 1er de la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers sont étrangers au litige et ne sauraient être accueillis ;

Sur le douzième moyen de cassation :

tiré *« de la violation et de la fausse interprétation de l'acte de vente du lot A (acte du 16 juillet 1998) et ainsi de la violation des articles 1156, 1162 et 1163 du Code civil, et encore de l'article 700 du Code civil,*

en ce que le tribunal a retenu à charge du lot A et en faveur du lot B une servitude de passage et a dit que ce passage pourra s'exercer de la manière la plus générale, aussi bien à pied qu'avec des véhicules de tous genres sans aucune limitation, tandis que la servitude octroyée dans l'acte notarié du 16 juillet 1998 en faveur du lot A se limitait à un droit de passage pour piétons et véhicules automoteurs et que le droit de servitude avait déjà été limité par la propriétaire précédente,

alors que selon l'article 1156 du Code civil, on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes plutôt que de s'arrêter au sens littéral du terme,

et que selon l'article 1162 du Code civil, dans le doute, la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation,

et que selon l'article 1163 du Code civil, quelque généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter,

et que selon l'article 700 du Code civil, si un héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée » ;

Mais attendu que sous le couvert de violation des articles 1156, 1162 et 1163 du Code civil, le moyen tend à remettre en discussion l'interprétation des actes notariés versés, cette interprétation ressortissant au pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond, échappant de ce chef au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen, pour autant qu'il vise la violation de l'article 700 du Code civil, est étranger au litige ;

D'où il suit que le moyen, sous ces deux volets, est irrecevable ;

Sur le treizième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de la loi du 25 septembre 1905 et notamment de l'article 11 et de l'article 1134, alinéa 3 du Code civil,*

en ce que le tribunal a retenu à la page 3 de sa décision << Il résulte encore des éléments du dossier que dans l'acte notarié de vente du 16 juillet 1998 par lequel les époux X.)-Y.) ont acquis, entre autres, le lot A, il est seulement fait référence à une servitude de passage au profit du lot C et non pas à une servitude de passage au profit du lot B. Ledit acte notarié reprend cependant la formule que ''la partie acquéreuse prendra les immeubles ci-avant décrits dans l'état dans lequel ils se trouvent actuellement, avec toutes les servitudes actives et passives, occultes et apparentes qui pourraient y être attachées. Elle fera valoir les unes et se défendra des autres, le tout à ses risques et périls, sans aucun recours contre la partie venderesse'' et y a basé sa décision >>,

alors que selon l'article 11 jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et décisions judiciaires énoncés à l'article 1er (y compris les servitudes) ne peuvent être opposés aux tiers qui du même auteur ont acquis des droits sur l'immeuble et qui se sont conformés aux lois,

et que selon l'article 1134 alinéa 3 du Code civil les conventions doivent être exécutées de bonne foi » ;

Mais attendu que le moyen, pour autant qu'il vise la violation de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil est étranger au litige, compte tenu de la réponse donnée aux dixième et onzième moyens de cassation ;

Que le moyen, pour autant qu'il vise la violation de l'article 11 de la loi du 25 septembre 1905, non autrement développé, est incompréhensible ;

D'où il suit que le moyen est à rejeter sous ces deux volets ;

Sur le quatorzième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 700 du Code civil,*

en ce que, à la suite du moyen que le fonds dominant ne serait plus enclavé par la réunion en une seule main des fonds C et B le tribunal a répondu << L'existence d'une servitude de passage conventionnelle exclut l'application des dispositions de l'article 682 du Code civil (cf. Encyclopédie Dalloz civil, verbo servitudes, no. 328). Le tribunal ayant retenu l'existence d'une servitude conventionnelle, tous les moyens relatifs à l'existence ou non d'une enclave ne sont pas pertinents et partant à rejeter >>,

alors que selon l'article 700 du Code civil, si l'héritage pour lequel la servitude a été établie vient à être divisé, la servitude reste due pour chaque portion, sans néanmoins que la condition du fonds assujetti soit aggravée » ;

Mais attendu que l'article 700 du Code civil règle la situation où le propriétaire du fonds dominant divise son fonds de manière à ce que le fonds grevé doive dorénavant servir deux terrains de sorte qu'une question d'aggravation ou de création d'une nouvelle servitude se poserait ;

Que d'après les éléments de procédure auxquels la Cour peut avoir égard une telle division n'est pas intervenue en cause ;

Que le moyen est étranger au litige et ne saurait être accueilli ;

Sur le quinzième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 89 de la Constitution, des articles 61 et 249 du Nouveau code de procédure civile et de l'article 702 du Code civil,*

en ce que le tribunal en réponse au moyen des conclusions du 23 septembre 2009 page 9, que SOC1.) aggraverait le fonds servant X.)-Y.) pour valoriser son bien et pour permettre aux acquéreurs futurs des maisons jumelées qu'elle veut bâtir d'avoir deux accès directs et commodes sur la propriété SOC1.), mais que ceci serait contraire à la loi, s'est borné à répliquer : << Le tribunal ayant retenu l'existence d'une servitude conventionnelle, tous les moyens relatifs à l'existence ou non d'une enclave ne sont pas pertinents et partant à rejeter >>,

alors que selon l'article 89 de la Constitution tout jugement est motivé,

que selon l'article 61 alinéa 1er du Nouveau code de procédure civile, le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables,

et que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile tout jugement doit contenir la preuve de sa légalité et notamment une indication des motifs,

et que selon l'article 702 du Code civil, celui qui a un droit de servitude, ne peut en user que suivant son titre, sans pouvoir faire ni dans le fond qui doit la servitude, ni dans le fond à qui elle est due, de changement qui aggrave la condition du premier » ;

Mais attendu que le moyen, pour autant qu'il vise la violation de l'article 89 de la Constitution et 249 du Nouveau code de procédure civile qui sont des vices de forme, est non-fondé ; qu'il résulte du libellé même du moyen que les juges du fond ont donné une réponse sur le point considéré ;

Que le moyen, pour autant qu'il vise la violation de l'article 702 du Code civil, est mélangé de fait et de droit, partant irrecevable ;

D'où il suit que le moyen est à rejeter dans toutes ses branches ;

Sur le seizième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 54 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que le tribunal a décidé dans le dispositif de son jugement du 14 janvier 2011 << déclare fondée la demande de la société anonyme SOC1.) en

suppression de la barrière, du mur ainsi que du grillage le long du lot A, appartenant aux époux X.) etY.) >>,

alors que SOC1.) avait requis : X.) et Y.) s'entendre condamner solidairement sinon in solidum à enlever à leurs frais la barrière, le mur et le grillage érigés

et que selon l'article 54 du Nouveau code de procédure civile le juge doit se prononcer sur tout ce qui est demandé et seulement sur ce qui est demandé » ;

Mais attendu que les juges du fond, pour déclarer fondée la demande de la société SOC1.), ont dit que l'action confessoire « permettait encore d'obtenir la démolition des ouvrages empêchant l'exercice de la servitude ainsi que la remise des lieux en l'état précédant » ; que ce chef de décision constituant le support du dispositif, implique la démolition des ouvrages érigés par les époux X.)-Y.), conformément à la demande de la société SOC1.) ;

Que le moyen n'est pas fondé ;

Sur le dix-septième moyen de cassation :

tiré *« de la violation de l'article 2060 du Code civil et de l'article 249 du Nouveau code de procédure civile,*

en ce que le tribunal a décidé dans le dispositif : Fixe l'astreinte en faveur de la société anonyme SOC1.) à 100 euros par jour de retard,

alors que selon l'article 2060 du Code civil l'astreinte ne peut être encourue avant la signification du jugement qui l'a prononcée. Le juge peut accorder au condamné un délai pendant lequel l'astreinte ne peut être encourue,

et que selon l'article 249 du Nouveau code de procédure civile tout jugement doit contenir la preuve de sa légalité et notamment une indication non contradictoire du dispositif, surtout de la condamnation » ;

Mais attendu que les juges du fond n'ont pas ordonné l'astreinte avant la signification du jugement ;

Qu'ils n'ont pas violé l'article 2060 du Code civil en n'accordant pas de délai pendant lequel l'astreinte ne sera pas encourue, les juges du fond disposant à cet égard d'un pouvoir d'appréciation souverain, échappant au contrôle de la Cour de cassation ;

Que le moyen ne saurait être accueilli ;

Sur l'indemnité de procédure :

Les demandeurs en cassation étant à condamner à l'entièreté des frais, n'ont pas droit à une indemnité de procédure ;

Par ces motifs :

rejette le pourvoi ;

rejette la demande en allocation d'une indemnité de procédure ;

condamne les demandeurs en cassation aux frais et dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Benoît ENTRINGER, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique extraordinaire par Madame la présidente Marie-Paule ENGEL, en présence de Monsieur Georges WIVENES, procureur général d'Etat adjoint et de Madame Marie-Paule KURT, greffière à la Cour.