**N° 17 / 13.**
**du 7.3.2013.**

**Numéro 3132 du registre.**

**Audience publique de la Cour de cassation du Grand-Duché de Luxembourg du jeudi, sept mars deux mille treize**.

**Composition:**

Georges SANTER, président de la Cour,
Edmée CONZEMIUS, conseiller à la Cour de cassation,
Irène FOLSCHEID, conseiller à la Cour de cassation,
Monique BETZ, conseiller à la Cour de cassation,
Odette PAULY, premier conseiller à la Cour d'appel,
Martine SOLOVIEFF, premier avocat général,
Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.

**Entre:**

**1)A.),** demeurant à L-(…), (…), (…),

**2)B.),** demeurant à L-(…), (…), (…),

**3)C.), épouse D.),** demeurant à L-(…), (…), (…), en sa qualité d'unique héritière de Madame **E**.), décédée ab intestat le 20 septembre 2009,

**demandeurs en cassation,**

**comparant par Maître Roy REDING,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu,

**et:**

**1)F.),** demeurant à L-(…), (…), (…), tant en son nom personnel qu'en sa qualité d'héritier présumé de feue **G**.), son épouse décédée en date du (…) et ayant demeuré à L-(…), (…), (…),

**2)H.),** demeurant à L-(…), (…), (…), en sa qualité d'héritière de feue **G**.), sa mère décédée en date du (…) et ayant demeuré à L-(…), (…), (…),

**défendeurs en cassation,**

**comparant par Maître Claude PAULY,** avocat à la Cour, en l'étude duquel domicile est élu.

==========

**LA COUR DE CASSATION :**

Sur le rapport du président Georges SANTER et sur les conclusions du premier avocat général Martine SOLOVIEFF ;

Vu le jugement attaqué rendu le 24 janvier 2012 sous le numéro 136094 du rôle par le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière civile ;

Vu le mémoire en cassation signifié le 18 avril 2012 par A.), B.) et C.), épouse D.) à F.) et H.), déposé au greffe de la Cour le 20 avril 2012 ;

Vu le mémoire en réponse signifié le 12 juin 2012 par F.) et H.) à A.), B.) et C.), épouse D.), déposé au greffe de la Cour le 15 juin 2012 ;

**Sur les faits :**

Attendu, selon le jugement d'appel attaqué, que le tribunal de paix de Luxembourg, saisi d'une demande des époux F.) et G.) contre A.), B.), E.) et trois autres voisins, tendant à voir constater l'état d'enclave de leur fond, sis à (…), et à leur voir permettre le passage à pied ou en voiture automobile de la parcelle en question vers la voie publique, avait, par jugement du 3 décembre 2010, dit que *« l'immeuble des époux F.)-G.) est enclavé, en conséquence, dit que les fonds des consorts F.) et G.) disposent d'une servitude de passage qui s'exerce à pied et en véhicule automoteur sur le terrain de E.), dit que l'assiette de la servitude de passage s'étend sur l'ensemble de la longueur de fonds de E.) et sur une largeur de 4,45 mètres mesurée à partir de la façade de l'immeuble appartenant à E.), et enjoint à A.) et à B.) de ramener les pots de fleurs qu'ils ont placés du côté du garage des consorts F.) et G.) à la limite de leur terrain suivant le tracé retenu par l'expert (...) dans l'annexe 8 de son rapport d'expertise du 25 août 2008 »* ;

Que sur l'appel de A.), B.) et C.), épouse D.), unique héritière de E.) entretemps décédée, et l'appel incident des consorts F.), le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, par réformation du jugement du 3 décembre 2010, a enjoint à A.) et B.) de retirer les pots de fleurs qu'ils ont placés du côté du garage des consorts F.), et, pour le surplus, a confirmé le jugement entrepris ;

**Sur le premier moyen de cassation :**

tiré *« d'un défaut de motifs,*

*en ce que les juges d'appel ont dit l'appel principal non fondé, rejetant ainsi la demande des consorts A.) et de la partie E.) tendant à voir dire que l'assiette telle que fixée par le juge de première instance sur l'intégralité de la bande de terrain qui sépare l'immeuble E.) de la limite maximale de la propriété des consorts A.), soit sur l'ensemble de la longueur du fond de E.) et sur une largeur de 4,45 m mesurée à partir de la façade de l'immeuble appartenant à E.) causait une gène excessive au propriétaire du fonds servant, et voir modifier et fixer l'assiette de la servitude suivant les conditions prévues entre parties et reprises dans le jugement n° 3942/08 rendu le 28 novembre 2008,*

*sans pour autant motiver leur décision confirmant l'exercice de la servitude sur l'intégralité de la bande de terrain séparant l'immeuble E.) de la limite maximale de la propriété des consorts A.), soit sur l'ensemble de la longueur du fond de E.) et sur une largeur de 4,45 m mesurée à partir de la façade de l'immeuble appartenant à E.), et notamment sans répondre aux conclusions des parties appelantes tendant à voir dire que l'assiette telle que fixée par le juge de première instance causait une gêne excessive au propriétaire du fonds servant, et voir modifier et fixer l'assiette de la servitude suivant les conditions prévues entre parties et reprises dans le jugement n° 3942/08 rendu le 28 novembre 2008,*

*alors que l'assiette telle que fixée par le juge de première instance sur le fonds E.), et confirmé en appel sur ce point, cause une gêne excessive au propriétaire du fonds servant et qu'il y a lieu de modifier l'assiette de la servitude, pour autant qu'une telle servitude soit établie, en fixant l'assiette de la servitude suivant les conditions prévues entre parties et reprises dans le jugement n° 3942/08 rendu le 28 novembre 2008,*

*qu'en ne répondant pas aux conclusions des parties appelantes visant à voir constater la gêne excessive pour le propriétaire du fonds servant à voir modifier l'assiette de la servitude, les juges d'appel n'ont pas donné de motif à leur décision,*

*que le jugement d'appel encourt dès lors cassation » ;*

Mais attendu que les juges d'appel ont d'abord relevé que les appelants, les actuels demandeurs en cassation, ont estimé que l'assiette de la servitude de passage telle que fixée par le juge de paix priverait la partie E.) en sa qualité de propriétaire du fonds servant du droit de jouir de la partie de terrain située devant sa maison, et qu'ils ont demandé de modifier et de fixer l'assiette suivant les conditions convenues entre parties et actées dans un jugement du tribunal de paix du 28 novembre 2008 ;

Qu'ensuite, statuant sur l'appel incident des défendeurs en cassation qui demandaient à voir fixer l'assiette de la servitude sur toute la longueur du fonds E.), tel que le premier juge l'avait décidé, et sur toute la longueur et la largeur du terrain des consorts A.), et à voir enjoindre à ces derniers de retirer leurs bacs à fleurs, les juges d'appel, après avoir considéré que *« le droit pour le propriétaire d'une parcelle*

*enclavée de réclamer le passage sur le fonds voisin est apprécié en fonction de l'utilisation normale d'un fonds, en l'espèce l'habitation d'une maison exigeant le passage d'une automobile compte tenu des conditions actuelles de la vie »,* ont retenu que *« dans la mesure où il ressort clairement des photos versées en cause que la gêne de passage subsistant actuellement est exclusivement générée par la présence des pots de fleurs que les consorts A.) ont placés du côté du garage des consorts F.), il y a lieu, en vue d'un exercice utile pour les intimés de la servitude de passage leur accordée, d'enjoindre à B. et A.) de retirer lesdits bacs à fleurs »* ;

Attendu qu'en se déterminant ainsi pour consacrer la thèse soutenue par les défendeurs en cassation, les juges d'appel ont implicitement, mais nécessairement, rejeté les conclusions qui invoquaient une thèse contraire ;

Que dès lors le grief de ne pas avoir répondu aux conclusions visant à voir constater la gêne excessive pour le propriétaire du fonds servant et à voir modifier l'assiette de la servitude laisse d'être fondé ;

**Sur le deuxième moyen de cassation :**

tiré *« d'un défaut de base légale,*

*en ce que les juges d'appel ont dit l'appel principal non fondé, confirmé l'existence d'un droit de passage pour état d'enclave et ainsi rejeté le moyen tendant à voir dire que l'absence ou l'insuffisance d'accès à la voie publique résulte du fait volontaire des consorts F.)-G.),*

*au seul motif que les demandeurs en cassation auraient – par l'arrangement entériné par jugement du 28 novembre 2008 – reconnu le principe même d'un droit dans le chef des défendeurs en cassation de réclamer le passage en voiture, et donc seraient malvenus à soulever que le passage d'une voiture dépasserait celui d'une charrette,*

*alors que l'absence ou insuffisance d'accès à la voie publique résulte du fait volontaire des consorts F.)-G.), dans la mesure où c'est en réhabilitant une étable que les défenderesses en cassation ont créé un garage, et que ces dernières se trouvent donc privées du droit d'invoquer un droit de passage,*

*que le motif retenu par les juges d'appel pour écarter le moyen soulevé par les appelants était inopérant,*

*que les juges d'appel se devaient en tout état de cause de vérifier, comme ils y étaient invités, si l'état d'enclave du fonds dont se prévalaient les consorts F.)-G.) ne résultait pas de leur propre fait,*

*qu'en statuant ainsi, sans apprécier le bien-fondé du moyen soulevé et rechercher si l'absence ou l'insuffisance d'accès à la voie publique résultait ou non du propre fait des consorts F.)-G.), les juges d'appel n'ont pas donné de base légale à leur décision. »*

Mais attendu que les juges d'appel ont considéré qu'*« en ce qui concerne le moyen invoqué à titre subsidiaire par les appelants de dire que l'absence ou l'insuffisance d'accès à la voie publique résulterait du fait volontaire du propriétaire du fonds, alors que c'est en réhabilitant une étable que les intimés ont créé un garage, il y a lieu de relever que ledit moyen est à écarter dans la mesure où l'arrangement entériné par jugement du 28 novembre 2008 avait précisément pour but de permettre le passage en voiture automobile dans le chef des intimés, de sorte que les appelants avaient par ce biais reconnu le principe même d'un droit dans le chef des intimés de réclamer le passage en voiture et qu'ils sont actuellement malvenus à soulever que le passage d'une voiture dépasserait en volume celui d'une charrette »* ;

Qu'ils ont ainsi, par des motifs exempts d'insuffisance, légalement motivé leur décision d'écarter le moyen tendant à voir dire que l'absence ou l'insuffisance d'accès à la voie publique résultait du fait volontaire des défendeurs en cassation ;

D'où il suit que le moyen n'est pas fondé ;

**Sur l'indemnité de procédure :**

Attendu qu'il est inéquitable de laisser à charge des défendeurs en cassation l'entièreté des frais non compris dans les dépens ;

Que la Cour de cassation fixe l'indemnité de procédure due par les demandeurs en cassation à mille cinq cents euros ;

**Par ces motifs ;**

rejette le pourvoi ;

condamne A.), B.) et C.), épouse D.) à payer à F.) et H.) une indemnité de procédure de mille cinq cents euros ;

condamne Monique A.), B.) et C.), épouse D.) aux frais et dépens de l'instance en cassation et en ordonne la distraction au profit de Maître Claude PAULY, avocat à la Cour, sur ses affirmations de droit.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Monsieur le président Georges SANTER, en présence de Madame Martine SOLOVIEFF, premier avocat général et de Madame Marie-Paule KURT, greffier à la Cour.