

CIV.3

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du 8 juin 2017

Cassation partielle

M. CHAUVIN, président

Arrêt n° 658 FS-D

Pourvoi n° D 16-16.788

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, TROISIÈME CHAMBRE CIVILE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par M. Laurent X..., domicilié [...], venant aux droits de MM. David et J...-François Y... et de Mme Marie-France Y...,

contre l'arrêt rendu le 24 septembre 2015 par la cour d'appel de Chambéry (2e chambre), dans le litige l'opposant :

1°/ à M. Denis M... J...,

2°/ à M. Z... M... J...,

domiciliés [...]

3°/ à Mme Simone N..., divorcée M... J..., domiciliée [...]

4°/ à Mme Gisèle A..., épouse B...,

5°/ à Mme Nadine B...,

domiciliées [...]

défendeurs à la cassation ;

Les consorts M... J... ont formé, par un mémoire déposé au greffe, un pourvoi incident contre le même arrêt ;

Le demandeur au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, les deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Les demandeurs au pourvoi incident invoquent, à l'appui de leur recours, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 10 mai 2017, où étaient présents : M. Chauvin, président, Mme C..., conseiller rapporteur, Mme Masson-Daum, conseiller doyen, MM. Echappé, Parneix, Mmes Andrich, Dagneaux, Provost-Lopin, M. Barbieri, conseillers, Mmes Proust, Corbel, Meano, M. Jariel, conseillers référendaires, Mme Besse, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme C..., conseiller, les observations de la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat de M. X..., de la SCP Didier et Pinet, avocat de Mmes Gisèle et Nadine B..., de la SCP Foussard et Froger, avocat des consorts M... J..., l'avis de M. Bailly, avocat général référendaire, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Chambéry, 24 septembre 2015), que M. Denis M... J..., propriétaire de parcelles cadastrées [...], [...], [...], [...], [...], [...] et [...], et MM. Z... et René M... J..., propriétaires des parcelles cadastrées [...], [...] et [...] (les consorts M... J...), ont assigné Mme B..., propriétaire de la parcelle cadastrée [...], et David, J...-François et Marie-France Y... (les consorts Y...), propriétaires de la parcelle cadastrée [...], aux droits desquels vient M. X..., en désenclavement de leurs parcelles ; que Mme B... a revendiqué l'existence d'une servitude conventionnelle de passage au bénéfice de la parcelle cadastrée [...] sur la parcelle [...] en vertu d'un procès-verbal de bornage du 23 septembre 1996 ;

Sur le premier moyen, pris en ses cinq premières branches, du pourvoi principal :

Attendu que M. X... fait grief à l'arrêt d'accueillir la demande de Mme B..., alors, selon le moyen :

1°/ qu'un procès-verbal de bornage ne peut valoir comme titre constitutif d'une servitude conventionnelle de passage qu'autant qu'il indique avec précision les fonds dominants et servants, l'identité des propriétaires concernés ainsi que l'assiette du passage revendiqué et ses modalités d'exercice ; qu'en l'espèce, le procès-verbal de délimitation et de bornage du 23 septembre 1996, se contente de viser l'existence d'une « servitude de passage réciproque de trois mètres de large telle qu'elle a été définie le 23 septembre 1996 en accord avec tous les propriétaires présents » et de comporter, en annexe, un plan, sur lequel le passage est simplement tracé ; que ce procès-verbal ne mentionne expressément ni les fonds dominants et servants ni l'identité des parties concernées, la cour d'appel ayant elle-même constaté au vu du plan annexé à ce procès-verbal que cette prétendue servitude de passage prendrait naissance sur la parcelle [...] dont le

propriétaire n'est pas identifiable en l'état du document, et ne précise, à l'exception de sa largeur, ni l'assiette du passage ni les modalités d'exercice de ce passage ; qu'en retenant cependant, en dépit de l'absence de toutes ces précisions dans le procès-verbal de délimitation et de bornage du 23 septembre 1996, que cet acte valait comme titre constitutif d'une servitude conventionnelle de passage s'exerçant sur la parcelle [...], propriété des consorts Y..., au bénéfice de la parcelle [...], propriété des consorts B..., dont l'existence aurait ainsi été établie, la cour d'appel a violé les articles 691 et 1134 du code civil ;

2°/ que dans leurs conclusions d'appel après expertise, les consorts Y... avaient fait valoir que la prétendue servitude conventionnelle de passage n'avait pas lieu d'être pour le fonds cadastré section [...] appartenant aux consorts B..., disposant de deux accès à la route départementale n° 64, côté Sud-Est et côté Sud-Ouest, dans la mesure où ce fonds borde directement la voie publique et n'a pas besoin d'être désenclavé pour son exploitation, bénéficiant d'une totale accessibilité avec tous matériels agricoles ; qu'en ne recherchant pas si, compte tenu de ce que la parcelle [...], appartenant aux consorts B..., n'est pas enclavée et que rien ne vient justifier la réciprocité d'un passage entre les différentes parcelles concernées, la parcelle [...] étant bordée elle aussi par la route départementale n° 64, la convention instituant une servitude de passage entre les parcelles [...], [...] et [...] n'était pas dépourvue de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691, 1131 et 1134 du code civil ;

3°/ qu'en outre, dans leurs conclusions d'appel après expertise, les consorts Y... avaient soutenu non seulement que l'expert judiciaire avait lui-même relevé qu'aucune mention de cette servitude n'apparaissait dans les titres de propriété communiqués, l'acte notarié de vente du 31 janvier 1997 passé, notamment, avec les époux Y..., pourtant signataires du procès-verbal de bornage du 23 septembre 1996, ne précisant nullement qu'une servitude conventionnelle de passage grevait leur fonds et le procès-verbal de bornage du 26 mai 2005 ne mentionnant pas non plus l'existence de cette servitude conventionnelle de bornage mais aussi que celle-ci n'avait jamais été matérialisée sur le terrain, la maison d'habitation des consorts Y... ayant été édifée au milieu de la parcelle [...], au lieu et place de cette prétendue servitude de passage, et maître D..., huissier de justice, ayant relevé aux termes d'un procès-verbal de constat du 17 novembre 2010 que l'assiette de ladite servitude ne traverse pas les parcelles [...] et [...] ; qu'en ne répondant pas à ces conclusions d'appel après expertise des consorts Y... contredisant l'existence d'une servitude conventionnelle de bornage qui résulterait du procès-verbal de bornage du 23 septembre 2016, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ que nulle servitude ne peut être établie par simple procès-verbal de bornage sans contrepartie pour le propriétaire du fonds prétendument servant ; que le procès-verbal de bornage d'où résulterait l'existence d'une servitude conventionnelle de passage sur le fonds des consorts Y... (1083) au profit de celui des consorts B... (1082) ne fait mention d'aucune contrepartie en faveur des consorts Y... et que, dans leurs conclusions d'appel récapitulatives après expertise, ceux-ci s'étaient prévalus de l'absence de concessions réciproques ; qu'en ne recherchant pas non plus si cette absence de contrepartie, en faveur des consorts Y..., au passage sur leur fonds ne faisait pas obstacle à l'existence d'une servitude conventionnelle sur ce fonds, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691 et 1134 du code civil ;

5°/ que les consorts Y... contestant l'existence d'une servitude conventionnelle de passage sur leur fonds (1083), il en résultait nécessairement qu'à défaut de toute reconnaissance de l'assiette de cette servitude aucun accord n'avait pu intervenir entre ces derniers et les consorts B... sur le déplacement de cette assiette par suite de la construction de la maison des consorts Y... sur l'assiette de ladite servitude ; qu'en se contentant de déduire de l'absence d'opposition de Mme B... à la construction, par les consorts Y..., de leur maison sur l'assiette de cette prétendue servitude conventionnelle qu'il aurait existé un accord tacite entre les parties sur la modification de l'assiette de cette servitude sans autrement caractériser l'existence d'un tel accord, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691, 701 et 1134 du code civil ;

Mais attendu qu'ayant retenu que le plan de bornage du 23 septembre 1996 et la convention de servitude qu'il comportait établissaient la volonté claire et non équivoque de tous les propriétaires concernés de créer une servitude de passage réciproque, le fonds servant étant celui de M. Y..., cadastré [...], et le fonds dominant celui de Mme B..., cadastré [...], auquel menait le passage, la cour d'appel, qui a répondu aux conclusions prétendument délaissées et qui n'était pas

tenue de procéder à des recherches que ses constatations rendaient inopérantes, a légalement justifié sa décision ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa sixième branche, et sur le pourvoi incident, ci-après annexés :

Attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ces griefs qui ne sont manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

Mais sur le second moyen du pourvoi principal :

Vu l'article 682 du code civil ;

Attendu que, pour accueillir la demande en désenclavement des parcelles cadastrées [...], [...] et [...], l'arrêt retient que celles-ci n'ont pas le même propriétaire que les parcelles bénéficiant d'un passage par le chemin de Rocheboc, qu'elles n'ont aucune issue sur la voie publique et qu'il n'est pas possible d'en assurer une exploitation agricole ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les parcelles litigieuses étaient louées et exploitées par un agriculteur qui louait et exploitait également les autres parcelles des consorts M... J... et bénéficiaient ainsi d'un accès à la voie publique par ces parcelles, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

PAR CES MOTIFS :

CASSE ET ANNULE, mais seulement en ce qu'il juge que les parcelles [...], [...] et [...] sont enclavées, l'arrêt rendu le 24 septembre 2015, entre les parties, par la cour d'appel de Chambéry ; remet, en conséquence, sur ce point, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Grenoble ;

Laisse à chaque demandeur la charge des dépens afférents à son pourvoi ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes de M. X... et des consorts M... J... et condamne M. X... à payer à Mmes Nadine et Gisèle B... la somme de 3 000 euros ;

Dit que sur les diligences du procureur général près la Cour de cassation, le présent arrêt sera transmis pour être transcrit en marge ou à la suite de l'arrêt partiellement cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du huit juin deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits AU POURVOI PRINCIPAL par la SCP Gatineau et Fattaccini, avocat aux Conseils, pour M. X....

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR confirmé l'existence d'une servitude conventionnelle sur le fonds 1083, propriété des consorts Y..., au profit du fonds dominant 1082, propriété B..., dont l'assiette figure sur le procès-verbal de bornage du 23 septembre 1996 ainsi que la condamnation des consorts Y... à enlever la partie de leur grillage donnant accès à la parcelle [...], sous astreinte, à compter de la signification de l'arrêt.

AUX MOTIFS PROPRES QUE sur la servitude de passage conventionnelle : Monsieur José Y... s'est porté acquéreur de la parcelle numéro [...], le 19 janvier 1995, auprès de monsieur Jules E... ; que par la suite, un bornage a été décidé et formalisé par monsieur François F..., géomètre expert, le 23 septembre 1996, avec un accord des différents propriétaires voisins à savoir E..., G..., B..., H... qui ont apposé leur signature sur le procès verbal en septembre et octobre 1996 ; que

tandis que le bornage s'intéressait à la limite à définir entre la parcelle [...] (Y... José) et 1090 (H... Roland), il convient de souligner que l'acte énonce clairement l'existence d'une servitude de passage "réciproque de 3 mètres de large telle qu'elle a été définie le 23 septembre 1996 en accord avec tous les propriétaires présents" et que cette servitude est tracée tout aussi clairement sur le plan de bornage ; qu'elle prend naissance sur la parcelle [...] (propriétaire non identifiable en l'état du document) passe au Nord Ouest de la parcelle [...] de monsieur José Y... qu'elle traverse pour rejoindre la parcelle [...] (madame Roger B...), parcelle sur laquelle le tracé s'interrompt, après quelques mètres ; que ce plan et la convention de servitude qu'il comporte établissent la volonté claire et non équivoque, déjà retenue par le premier juge, des propriétaires concernés pour créer une servitude de passage, le fonds servant étant celui de monsieur Y... José (1083), et le fonds dominant celui de madame B... (1082) sur lequel mène le passage, dans un sens comme dans l'autre, s'agissant d'une servitude réciproque ; que les consorts Y... sont les héritiers, ayants droit à titre universel, de monsieur José Y..., et sont donc obligés à ce titre par les engagements qu'il a souscrits, de sorte qu'ils ne peuvent invoquer l'absence de publicité donnée à l'acte de création de servitude pour s'en libérer ; que comme l'a décidé le premier juge, la servitude conventionnelle est établie, elle s'impose aux consorts Y... sur la parcelle [...] au profit de la parcelle [...].

ET AUX MOTIFS EVENTUELLEMENT ADOPTES QUE à l'égard de Madame Gisèle B..., sur l'existence d'une servitude conventionnelle ; que, dans le procès-verbal de délimitation et de bornage du 23 septembre 1996, étaient parties Madame Gisèle B... (dénommée Madame Roger B... dans l'acte) propriétaire de la parcelle [...] et M. José Y..., alors propriétaire de la parcelle [...] ex 108lp, dont les consorts Y... sont les héritiers et n'ont donc pas la qualité de tiers ; que l'examen du procès-verbal permet de constater sa validité, notamment du fait de la signature de toutes les parties à l'acte ; que de plus, aucun élément versé aux débats ne permet de douter du consentement éclairé de José Y... le jour de la signature du procès-verbal ; que sur le plan annexé au procès-verbal, figure très clairement la parcelle [...] de Monsieur José Y..., traversée par une double ligne intitulée « Servitude de passage » débouchant sur la parcelle de Mine B... ; que la légende du plan précise d'ailleurs qu'il s'agit d'une servitude de passage réciproque de 3 m de large telle qu'elle a été définie le 23/09/96 en accord avec tous les propriétaires ; qu'il ressort du plan, et des mentions de la légende, une volonté claire et non équivoque de Monsieur Y... de consentir une servitude de passage aux propriétaires des parcelles desservies signataires de l'acte, et donc à Madame Gisèle B... ; que la question de la publicité est ici indifférente dans la mesure où les consorts Y... sont aux droits et obligations de leur auteur partie à l'acte constitutif de la servitude qu'est le procès-verbal de délimitation et de bornage ; que la preuve de l'existence d'une servitude conventionnelle s'exerçant sur la parcelle [...] (consorts Y...) au bénéfice la parcelle [...] (consorts B...) est donc rapportée ; que, sur l'assiette de la servitude, l'article 701 du Code civil dispose que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tend à diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode ; qu'ainsi, il ne peut changer l'état des lieux, ni transporter l'exercice de la servitude dans un endroit différent de celui où elle a été primitivement assignée ; que cependant, si cette assignation primitive était devenue plus onéreuse au propriétaire du fonds assujéti, ou si elle l'empêchait d'y faire des réparations avantageuses, il pourrait offrir au propriétaire de l'autre fonds un endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits, et celui-ci ne pourrait pas le refuser ; qu'en l'espèce, l'assiette de la servitude est définie dans le procès-verbal de délimitation et de bornage en ces termes servitude de passage réciproque de 3 m de large, et dessinée comme traversant la parcelle [...] en son centre ; qu'il est constant que l'assiette de la servitude a été déplacée du fait de la construction de la maison d'habitation des consorts Y..., ce à quoi Mme B... indique ne pas s'être opposée au visa de l'article 701 du code civil ; que cette modification résultant ainsi d'un accord tacite entre les parties, l'assiette de la servitude à considérer est bien celle actuellement aménagée ; que Sur la demande de retrait du portail et de tout obstacle sous astreinte, l'article 701 alinéa 1er du Code civil dispose que le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tend à diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode ; que l'existence d'une servitude de passage n'interdit pas de clore aux propriétaires du fonds servant, à la condition toutefois de ne pas gêner l'exercice de la servitude ; qu'en l'espèce, les consorts Y... ont aménagé leur parcelle autour de leur maison d'habitation, notamment en plaçant un portail, tel que cela ressort du procès-verbal réalisé par Maître I... (pièce n° 6 de Madame B...) ; que ledit portail est fermé grâce à un loquet sans clef qu'il est donc tout à fait possible d'ouvrir de l'extérieur (pièce n° 7 des consorts M... J...) ; que le portail n'est donc pas constitutif d'une gêne dans l'exercice de la servitude ; qu'ils ont également procédé à la clôture de leur parcelle pour éviter la divagation de leur chien ; que concernant ce grillage, lors du procès-verbal de constat réalisé en présence des consorts Y..., Maître D... a constaté que si la partie du grillage donnant accès à la parcelle de Madame B... était effectivement amovible, cela supposait de retirer entièrement le fils de fer enroulé à plusieurs endroits sur les piquets de clôture ; que dès lors, la clôture grillagée des consorts Y..., malgré son caractère

amovible, rend l'exercice de la servitude plus difficile, celui-ci n'étant pas aisément et rapidement retirable ; qu'en conséquence, les consorts Y... seront condamnés à l'enlèvement de la partie grillagée amovible donnant accès à la propriété de Madame B..., et ce sous astreinte de 50 euros par jours à l'expiration d'un délai d'un mois à compter de la signification du présent jugement, sauf à eux à installer une barrière aisément amovible à frais partagés avec le bénéficiaire du passage qui doit combiner son droit avec celui adverse de se clore.

1) ALORS QU'un procès-verbal de bornage ne peut valoir comme titre constitutif d'une servitude conventionnelle de passage qu'autant qu'il indique avec précision les fonds dominants et servants, l'identité des propriétaires concernés ainsi que l'assiette du passage revendiqué et ses modalités d'exercice ; qu'en l'espèce, le procès-verbal de délimitation et de bornage du 23 septembre 1996, se contente de viser l'existence d'une « servitude de passage réciproque de 3 m de large telle qu'elle a été définie le 23/09/96 en accord avec tous les propriétaires présents » et de comporter, en annexe, un plan, sur lequel le passage est simplement tracé ; que ce procès-verbal ne mentionne expressément ni les fonds dominants et servants ni l'identité des parties concernées, la cour d'appel ayant elle-même constaté au vu du plan annexé à ce procès-verbal que cette prétendue servitude de passage prendrait naissance sur la parcelle [...] dont le propriétaire n'est pas identifiable en l'état du document, et ne précise, à l'exception de sa largeur, ni l'assiette du passage ni les modalités d'exercice de ce passage ; qu'en retenant cependant, en dépit de l'absence de toutes ces précisions dans le procès-verbal de délimitation et de bornage du 23 septembre 1996, que cet acte valait comme titre constitutif d'une servitude conventionnelle de passage s'exerçant sur la parcelle [...], propriété des consorts Y..., au bénéfice de la parcelle [...], propriété des consorts B..., dont l'existence aurait ainsi été établie, la cour d'appel a violé les articles 691 et 1134 du code civil.

2) ALORS QUE dans leurs conclusions d'appel après expertise (p. 24, al. 4), les consorts Y... avaient fait valoir que la prétendue servitude conventionnelle de passage n'avait pas lieu d'être pour le fonds cadastré section [...] appartenant aux consorts B..., disposant de deux accès à la route départementale n° 64, côté Sud-Est et côté Sud-Ouest (idem p. 20), dans la mesure où ce fonds borde directement la voie publique et n'a pas besoin d'être désenclavé pour son exploitation, bénéficiant d'une totale accessibilité avec tous matériels agricoles ; qu'en ne recherchant pas si, compte tenu de ce que la parcelle [...], appartenant aux consorts B..., n'est pas enclavée et que rien ne vient justifier la réciprocité d'un passage entre les différentes parcelles concernées, la parcelle [...] étant bordée elle aussi par la route départementale n° 64, la convention instituant une servitude de passage entre les parcelles [...], [...] et [...] n'était pas dépourvue de cause, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691, 1131 et 1134 du code civil.

3) ALORS QU'en outre, dans leurs conclusions d'appel après expertise (p. 24, al. 1, 8 et 9 et p. 25, al. 1 et 2), les consorts Y... avaient soutenu non seulement que l'expert judiciaire avait lui-même relevé qu'aucune mention de cette servitude n'apparaissait dans les titres de propriété communiqués, l'acte notarié de vente du 31 janvier 1997 passé, notamment, avec les époux Y..., pourtant signataires du procès-verbal de bornage du 23 septembre 1996, ne précisant nullement qu'une servitude conventionnelle de passage grevait leur fonds et le procès-verbal de bornage du 26 mai 2005 ne mentionnant pas non plus l'existence de cette servitude conventionnelle de bornage mais aussi que celle-ci n'avait jamais été matérialisée sur le terrain, la maison d'habitation des consorts Y... ayant été édifée au milieu de la parcelle [...], au lieu et place de cette prétendue servitude de passage, et maître D..., huissier de justice, ayant relevé aux termes d'un procès-verbal de constat du 17 novembre 2010 que l'assiette de ladite servitude ne traverse pas les parcelles [...] et [...] ; qu'en ne répondant pas à ces conclusions d'appel après expertise des consorts Y... contredisant l'existence d'une servitude conventionnelle de bornage qui résulterait du procès-verbal de bornage du 23 septembre 2016, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

4) ALORS QUE nulle servitude ne peut être établie par simple procès-verbal de bornage sans contrepartie pour le propriétaire du fonds prétendument servant ; que le procès-verbal de bornage d'où résulterait l'existence d'une servitude conventionnelle de passage sur le fonds des consorts Y... (1083) au profit de celui des consorts B... (1082) ne fait mention d'aucune contrepartie en faveur des consorts Y... et que, dans leurs conclusions d'appel récapitulatives après expertise (p. 25, al. 2), ceux-ci s'étaient prévalus de l'absence de concessions réciproques ; qu'en ne recherchant pas non plus si cette absence de contrepartie, en faveur des consorts Y..., au passage sur leur fonds ne faisait pas obstacle à l'existence d'une servitude conventionnelle sur ce fonds, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691 et 1134 du code civil.

5) ALORS QUE les consorts Y... contestant l'existence d'une servitude conventionnelle de passage sur leur fonds (1083), il en résultait nécessairement qu'à défaut de toute reconnaissance de l'assiette de cette servitude aucun accord n'avait pu intervenir entre ces derniers et les consorts B... sur le déplacement de cette assiette par suite de la construction de la maison des consorts Y... sur l'assiette de ladite servitude ; qu'en se contentant de déduire de l'absence d'opposition de Mme B... à la construction, par les consorts Y..., de leur maison sur l'assiette de cette prétendue servitude conventionnelle qu'il aurait existé un accord tacite entre les parties sur la modification de l'assiette de cette servitude sans autrement caractériser l'existence d'un tel accord, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 691, 701 et 1134 du code civil.

6) ALORS QU'en tout état de cause, la contradiction entre les motifs et le dispositif équivaut à un défaut de motifs ; qu'en l'espèce, la cour d'appel ne pouvait à la fois, dans le dispositif de sa décision, confirmer l'existence d'une prétendue servitude conventionnelle de passage sur le fonds (1083) des consorts Y... au profit du fonds dominant (1082), propriété des consorts B... « dont l'assiette figure sur le procès-verbal de bornage du 23 septembre 1996 » tout en constatant, par motif adopté du jugement (p. 7, dernier al.), que « l'assiette de la servitude à considérer est bien celle actuellement aménagée », laquelle aurait été déplacée du fait de la construction de la maison d'habitation des consorts Y... ; qu'en entachant ainsi sa décision d'une contradiction sur l'assiette de la prétendue servitude conventionnelle de passage grevant le fonds des consorts Y... au profit de celui des consorts B..., la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt attaqué D'AVOIR jugé que les parcelles [...], [...] et [...] sont enclavées et ordonné à ce titre la mise en cause à la diligence des consorts M... J... de M. G..., en sa qualité de propriétaire des parcelles [...] et [...], et de M. Georges O... J..., en sa qualité de propriétaire de la parcelle [...], afin qu'ils fassent valoir leurs droits et observations sur la servitude de passage et son assiette tant au regard de l'accord de 1996 que de la solution de désenclavement des parcelles voisines.

AUX MOTIFS QUE sur la situation des parcelles [...], [...] et [...], ces parcelles n'ont pas le même propriétaire en titre et ne peuvent donc bénéficier de plein droit du passage précédent ; qu'elles n'ont donc aucune issue sur la voie publique et il n'est pas possible d'en assurer une exploitation normale fût-elle agricole, sans cet accès ; que Monsieur G..., propriétaire des parcelles [...], [...], [...] et [...], n'est pas aux débats, ce que les consorts M... J... soulignent, en indiquant que passer à l'endroit envisagé comme praticable par l'expert suppose son accord ; que cette observation est tout à fait fondée ; qu'il convient toutefois de relever que la servitude conventionnelle, approuvée par signature de monsieur G... Fernand en 1996, dont le tracé se poursuit au-delà de la limite 1082-1083, désignée comme "réciproque", semble, ce qui mérite d'être envisagé, pouvoir desservir la parcelle [...] p. de monsieur G..., tandis qu'au nord, il restait lui-même propriétaire d'un autre tènement, ainsi que l'indique son nom à l'angle supérieur de la parcelle [...], créant ainsi un accès plus direct d'un fond à l'autre ; qu'à ce stade, les photographies aériennes (pièce 25), confirment un chemin goudronné au travers de la parcelle [...] (Y...) puis un tracé laissé par le passage de véhicules à travers champs vers les différentes parcelles G..., en particulier celle numérotée aujourd'hui 1077 ; qu'ainsi le chemin de servitude de passage que revendiquent les consorts M... J... et qui aurait été emprunté selon diverses attestations depuis plusieurs dizaines d'années, pourrait se trouver plus au sud pour rejoindre la parcelle [...] ou la parcelle [...], propriété de monsieur Georges O... J..., absent des débats également ; que le chemin le plus court et le moins dommageable devant être recherché pour désenclaver les parcelles [...], [...] et [...], la mise en cause de ces propriétaires sera ordonnée.

1) ALORS QU'il résulte des constatations mêmes de l'expert judiciaire (rapport p. 8, al. 2) et du jugement (p. 3, al. 1 et 2) que les parcelles [...] et [...] appartiennent à M. Denis M... J..., également propriétaires des parcelles [...], [...], [...] et [...], lesquelles disposent d'un accès possible à la voie publique par le chemin de Rocheboc et ne sont donc pas enclavées, et que la parcelle [...] appartient à MM. Z... et René M... J..., également propriétaires des parcelles [...] et [...] qui, elles aussi, disposent d'un accès à la voie publique par le même chemin ; que les parcelles [...], [...] et [...] appartenant à des propriétaires, M. Denis M... J..., d'une part, MM. Z... et René M... J..., d'autre part, dont les parcelles, jouxtant ces trois parcelles, disposent d'un accès à la voie publique par le chemin de Rocheboc, peuvent donc bénéficier de plein droit de l'accès à la voie publique par ce chemin permettant d'en assurer une exploitation normale ; qu'en décidant le contraire au motif inopérant que ces parcelles n'ont pas « le même propriétaire », la cour d'appel a violé l'article 682 du code de

procédure civile.

2) ALORS QU'en tout état de cause, n'est pas enclavée la parcelle qui constitue avec d'autres parcelles une unité d'exploitation disposant d'un accès à la voie publique quand bien même appartiendrait-elle à un propriétaire différent de celui ou de ceux de ces autres parcelles ; qu'il résulte des constatations de l'expert judiciaire (p. 8, al. 2) que la parcelle [...], appartenant MM. Z... et René M... J... et les parcelles [...] et [...] appartenant à M. Denis M... J... constituent, avec les parcelles [...], [...], [...], [...], [...], [...] et [...] appartenant aux consorts M... J... « une même unité d'exploitation », confiée à M. Z... M... J..., et que « ce tènement agricole est donc accessible par le chemin de Rocheboc depuis le VC 17 » ; qu'en retenant que les parcelles [...], [...] et [...] sont enclavées du seul fait qu'elles n'auraient pas le même propriétaire en titre que les autres parcelles ayant un accès à la voie publique par le chemin de Rocheboc et qu'elles ne pourraient donc bénéficier de plein droit de ce passage quand celles-ci constituaient avec ces autres parcelles une même unité d'exploitation, la cour d'appel a violé l'article 682 du code civil.

3) ALORS QUE le juge ne peut se déterminer par un motif dubitatif ; qu'en retenant que la servitude conventionnelle, approuvée par la signature de M. G... Fernand en 1996, dont le tracé se poursuit au-delà de la limite 1082-1083, désignée comme « réciproque », « semble, ce qui mérite d'être envisagé, pouvoir desservir la parcelle [...] P de M. G... », la cour d'appel s'est déterminée par un motif dubitatif et a violé l'article 455 du code de procédure civile. Moyen produit AU POURVOI INCIDENT par la SCP Foussard et Froger, avocat aux Conseils, pour les consorts M... J....

L'arrêt attaqué encourt la censure ;

EN CE QU'il a décidé que les parcelles [...], [...], [...], [...], [...], [...] et [...] n'étaient pas enclavées, et débouté en conséquence les consorts M... J... de leur demande visant à reconnaître une servitude de passage sur les fonds 1082 et 1083 ;

AUX MOTIFS QUE « Monsieur K..., expert judiciaire indique qu'il n'est pas possible d'emprunter le chemin de Rocheboc, ou chemin des morts, depuis le chemin départemental n° 64, en raison d'un talus qui rend l'accès impraticable, même à pied ; que par l'autre côté, et depuis la voie communale n° 17, il constate par contre, que des travaux d'élargissement ont été réalisés, que la pente est au maximum de 24 % et en conclut qu'il n'existe aucune difficulté particulière d'accessibilité pour les engins agricoles. Le fait que des régularisations foncières soient nécessaires n'est pas suffisant à ignorer cet accès existant alors que monsieur Benoit L... (parcelle [...]) confirme son principe ; que pour les parcelles [...], [...], monsieur K... expose que le chemin de Rocheboc, existe à cet endroit, mais n'est plus utilisé de sorte qu'il est encombré de broussailles. Ceci doit conduire à juger que l'accès demeure possible, l'enlèvement de broussailles sur un chemin existant, n'étant pas un obstacle suffisant pour venir réclamer un passage sur la propriété d'autrui, Ce que confirme l'attestation de monsieur A..., maire de la commune de Clery pour lequel les parcelles [...], [...], [...], [...], [...] et [...] sont desservies par le petit chemin qui donne un accès direct à la voie publique (pièce 8 des consorts Y...), que les parcelles [...], [...] et [...] n'ont pas d'accès direct, elle appartiennent cependant au même propriétaire, Denis M... J..., et sont accessibles par la 1060 et la 1061 au sein du même tènement ; qu'ainsi, il sera retenu que les parcelles [...], [...], [...], [...], [...], [...] et [...], ne sont pas enclavées puisqu'elles disposent par le chemin de Rocheboc d'un accès possible à la voie publique » ;

ALORS QUE indépendamment de la servitude fondée sur l'état d'enclave, les consorts M... J... se prévalaient d'une servitude conventionnelle (conclusions du 8 décembre 2014, p. 14 alinéa 5) fondée sur les énonciations d'un procès-verbal de bornage constatant l'existence d'une convention ; qu'en s'abstenant de s'expliquer sur l'existence de cette servitude conventionnelle, les juges du fond ont privé leur décision de base légale au regard des articles 1134 devenu 1103 et 686 du code civil.