

- Arrêt civil -

Audience publique du quatorze juillet deux mille onze

Numéro 35763 du rôle

Composition:

Carlo HEYARD, président de chambre,
Etienne SCHMIT, premier conseiller,
Eliane EICHER, premier conseiller,
Lex BRAUN, greffier.

E n t r e :

DDDDDD, sans état connu, demeurant à L-0000 Nish, 2, route de Nash,

appelant aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Patrick KURDYBAN de Luxembourg du 12 janvier 2010,

comparant par Maître Claude WASSENICH, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

e t :

1) TTTMMM, employé privé, demeurant à L-0000 Nish, 2, route de Nash,

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN,

comparant par Maître Marc KERGER, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg ;

2) le Syndicat des copropriétaires de l'immeuble sis à L-0000 Nish, 2, route de Nash, représenté par son syndic actuellement en fonctions, la société à responsabilité limitée **XXX sàrl**, établie et ayant son siège social à L- ..., représentée par son gérant actuellement en fonctions, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro ...,

intimé aux fins du susdit exploit KURDYBAN.

LA COUR D'APPEL :

Le 2 août 1993, JJJGGG et HHHEEE, propriétaires d'une maison d'habitation jumelée avec terrains adjacents dont certains avec constructions, sise à Nish, 2, route de Nash, inscrite au cadastre de la commune de Rish sous la section D de Nish, partie du numéro 1433/2055, ont fait dresser un acte notarié de mise en copropriété.

Par acte notarié de vente du même 2 août 1993, DDDDDD et son épouse dddDDD ont acquis à titre privatif dans l'immeuble mis en copropriété :

- le rez-de-chaussée, le 1^{er} étage et le 2^{ème} étage de la maison « II », soit les lots n^{os} 002, 004 et 006,
- les caves sises au sous-sol de la maison « II », soit le lot n° 001,
- un garage extérieur, soit le lot n° 008,
- et deux jardins, le lot n° 010 situé devant la maison « II » et le lot n° 012 situé sur la partie arrière du terrain derrière les garages et l'échoppe.

Par acte notarié de vente du 6 août 1993, TTTMMM a acquis à titre privatif dans l'immeuble mis en copropriété :

- le rez-de-chaussée et le 1^{er} étage de la maison « I », soit les lots n^{os} 003 et 005,
- un garage extérieur, soit le lot n° 007,
- une échoppe extérieure, soit le lot n° 009,
- et un jardin derrière la maison « I », soit le lot n° 011.

Les deux jardins situés en arrière du terrain, et appartenant à titre privatif respectivement à TTTMMM (lot n° 011) et à DDDDDD et son épouse (lot n° 012), sont séparés entre eux par un sentier en béton. A l'entrée de ce sentier, DDDDDD a fait installer un portail en fer forgé et il a fait prolonger la clôture installée en bordure du sentier du côté du jardin de TTTMMM.

Par exploit d'huissier de justice du 17 avril 2008, TTTMMM a donné assignation à DDDDDD et au syndicat des copropriétaires de l'immeuble en

copropriété à comparaître devant le tribunal d'arrondissement de Luxembourg, siégeant en matière civile, pour voir dire que le sentier en béton séparant les lots n^{os} 011 et 012 est une partie commune. Il a demandé à voir ordonner à DDDDDD d'enlever sous peine d'astreinte le portail en fer forgé, la clôture installée en bordure du sentier du côté du jardin de TTTMMM et les déchets déposés derrière les garages, endéans un délai de quarante jours à partir de la signification du jugement à intervenir.

Par conclusions notifiées le 21 avril 2009, DDDDDD a formulé des demandes reconventionnelles. Il a demandé à voir enjoindre à TTTMMM de verser les autorisations et les plans relatifs à un abri que celui-ci a fait ériger dans son jardin (lot n^o 011) à l'arrière de la maison « I ». Il a encore réclamé 750.000 € à TTTMMM pour lui avoir refusé abusivement, sinon fautivement la remise des autorisations et des plans.

Par jugement du 18 novembre 2009, le tribunal a, en ce qui concerne la demande principale de TTTMMM constaté le caractère commun du sentier en béton séparant les lots privatifs n^{os} 011 et 012 et a condamné DDDDDD à enlever dans les quarante jours de la signification du jugement le portail en fer forgé, la clôture installée en bordure du sentier en béton ainsi que les déchets déposés derrière les garages, le tout sous peine d'astreinte de 100 € par jour de retard.

Le tribunal a déclaré non fondées les demandes reconventionnelles de DDDDDD.

Il a débouté DDDDDD de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance, l'a condamné au paiement d'une indemnité de procédure de 1.000 € au profit de TTTMMM et au paiement des frais et dépens de l'instance.

Le tribunal a finalement déclaré le jugement commun au syndicat des copropriétaires.

Par exploit d'huissier du 12 janvier 2010, DDDDDD a relevé appel. Il a intimé TTTMMM et le syndicat des copropriétaires, représenté par son syndic.

L'appel en tant que dirigé contre TTTMMM, fait dans les formes et délai de la loi, est recevable.

L'appelant demande à la Cour de constater le caractère privatif du sentier en béton litigieux et de le décharger de toutes les condamnations.

En vertu de l'article 2 du règlement grand-ducal du 12 juin 1988 concernant la publicité en matière de copropriété, celui qui entend réaliser

une division d'un immeuble bâti ou à bâtir en lots de copropriété doit, dans le cadre de la demande en désignation cadastrale des lots, déposer un plan de situation dressé et signé par un ingénieur agréé et indiquant l'emplacement des immeubles bâtis ou à bâtir sur le parcellaire cadastral et des plans d'étages et plans-coupe de l'immeuble dressés et signés par un homme de l'art.

Un plan de situation a été dressé le 24 février 1993 par l'ingénieur agréé Georges BEMTGEN, ingénieur géomètre de l'Administration du Cadastre et de la Topographie (ci-après le plan BEMTGEN).

Ce plan se présente comme suit :

Aux termes de la légende figurant sur ce plan, la propriété est divisée en neuf lots, définis de la façon suivante :

- (1) – passage – contenance 01a89ca,
 - (2) – maison-place – contenance 01a34ca,
 - (3) – maison-place – contenance 05a37ca,
 - (4) – passage – contenance 00a64ca,
 - (5) – jardin – contenance 01a89ca,
 - (6) – garage – contenance 00a19ca,
 - (7) – garage – contenance 00a19ca,
 - (8) – échoppe-place – contenance 00a12ca, et
 - (9) – emprise-place – contenance 00a19ca
- parties du numéro 1433/2055 figurant au Cadastre au nom de GGG JJJ (EEE).

L'architecte Victor CRONAUER a dressé au mois de juin 1993 un plan-coupe et quatre plans d'étage des maisons I et II.

Pour constater le caractère commun du sentier litigieux, le tribunal, après avoir retenu que *« c'est le propriétaire projetant une mise en copropriété de son bien, et non pas l'Administration du Cadastre et de la Topographie, qui décide de l'affectation privative ou commune de telle partie de son immeuble »*, a motivé sa décision de la façon suivante :

« Il faut conclure (...) que, pour déterminer, d'une part, la consistance des lots attribués à titre privatif aux copropriétaires et, d'autre part, le caractère privatif ou commun d'une partie de l'immeuble en copropriété dans l'hypothèse d'une contradiction au niveau des plans cadastraux, et en l'absence d'indications précises y relatives dans l'état descriptif de division, la division en lots telle qu'elle a été entreprise par l'Administration du Cadastre et de la Topographie dans le cadre de l'établissement d'un plan de situation et d'implantation n'est pas déterminante alors qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'empêche l'initiateur du projet de mise en propriété de son immeuble d'y déroger. Dans ces conditions, rien ne s'opposait à ce que les époux GGG-EEE amputent le sentier en béton litigieux du lot (5), tel que défini par le géomètre Georges BEMTGEN, pour l'intégrer dans le lot (1) dont le caractère commun n'est contesté par aucune des parties. La volonté des époux GGG-EEE d'affecter le sentier à l'usage commun de tous les copropriétaires est confirmée par le contenu du rapport CRONAUER du 24 juillet 2007 d'après lequel il était prévu que « toutes les surfaces privatives doivent avoir un accès à partir d'une surface commune ».

Il faut ajouter qu'eu égard à l'état des lieux, il aurait été illogique d'affecter le sentier en béton à l'usage exclusif d'un des copropriétaires dès lors que le sentier en question sépare les deux jardins appartenant respectivement à TTTMMM et à DDDDDD et qu'il permet donc aux deux copropriétaires d'accéder à leur propriété privative. Au regard de cette

situation de fait, rien ne justifiait l'intégration du sentier dans le lot privatif d'un des copropriétaires et d'obliger TTTMMM de faire un détour pour accéder à son jardin.

Le caractère commun du sentier en béton est encore en conformité avec la définition que l'article 5 du règlement général de copropriété donne des parties communes : « sont communes les parties des bâtiments et des terrains affectés à l'usage ou à l'utilité de tous les copropriétaires ou de plusieurs d'entre eux, conformément à l'article 3, alinéas 2, 3 et 4 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis ». Or, l'article 3 point 2 de la loi modifiée du 16 mai 1975 répute parties communes les voies d'accès, les passages et les corridors. »

Pour faire constater le caractère privatif du chemin litigieux, l'appelant DDDDDD se prévaut tout d'abord de l'autorité de la chose jugée s'attachant prétendument à un arrêt du 19 mars 2008 de la Cour, qui a statué sur un appel dirigé contre une ordonnance du juge des référés et qui, pour dire que DDDDDD n'a pas commis de trouble manifestement illicite, a admis qu'il ressort du plan BEMTGEN que le lot n° 012 acquis par DDDDDD suivant acte de vente notarié du 2 août 1993 ne comprend pas seulement le jardin proprement dit, mais aussi le sentier.

Dès lors que l'article 938 du nouveau code de procédure civile dispose que l'ordonnance de référé n'a pas, au principal, l'autorité de la chose jugée, DDDDDD invoque à tort l'autorité de la chose jugée s'attachant à l'arrêt du 19 mars 2008.

Pour faire établir le caractère privatif du chemin, l'appelant DDDDDD se prévaut en outre de l'acte notarié du 2 août 1993 et du rapport de mesurage du 9 février 2005 établi par le géomètre du bureau régional d'Esch-sur-Alzette, géomètre qui a constaté que le lot (5) d'une contenance de 189,00 m² du plan BEMTGEN correspond au lot 012 de l'acte de mise en copropriété et de l'acte de vente notarié du 2 août 1993 et inclut le chemin litigieux.

L'appelant estime que c'est donc à tort que le tribunal a procédé à une interprétation de la volonté des propriétaires initiaux qui ont mis les divers lots en copropriété et qui n'étaient pas parties au litige.

L'intimé TTTMMM, qui demande la confirmation du jugement entrepris, soutient que la délimitation des lots est l'œuvre de celui qui entend mettre un immeuble en copropriété, en l'occurrence les époux GGG-EEE.

Il prétend que pour connaître l'intention des anciens propriétaires GGG-EEE, qui ont procédé à la mise en copropriété, il faut se référer aux plans dressés par l'architecte Victor CRONAUER en juin 1993,

postérieurement au plan BEMTGEN, et rendus nécessaires par l'idée soudaine des anciens propriétaires d'empiéter sur une maison par l'installation d'une salle de bains pour l'autre maison.

Il estime qu'ainsi le cadastre horizontal, initialement établi par l'ingénieur BEMTGEN, ne pouvait plus être exact et ce rien qu'en raison de la surface de la salle de bains.

Il soutient qu'il faut déduire des plans dressés par Victor CRONAUER, plans qui ne comportent, à l'inverse du plan BEMTGEN, pas de trait reliant la maison « I » aux garages (lots n^{os} 007 et 008 et lots (6) et (7) du plan BEMTGEN), que le lot, désigné par le chiffre (1) sur le plan BEMTGEN, lot dont le caractère commun n'est pas contesté, comprend le chemin, et qu'au niveau du chemin, le lot privatif, désigné par le chiffre (5) sur le plan BEMTGEN, se réduit au bloc E entouré de traits discontinus.

L'argumentation de TTTMMM est illustrée par le plan ci-dessous reproduit :

A l'appui de son interprétation des plans dressés par Victor CRONAUER, TTTMMM renvoie au rapport unilatéral dressé par Victor CRONAUER en date du 24 juillet 2007, rapport dans lequel celui-ci dit, en partant de la considération que toutes les parties privatives doivent avoir un accès d'une surface commune, que la surface, désignée par le chiffre (1) sur le plan BEMTGEN, et le chemin « *représentent la portion de sol en copropriété* ».

Pour autant que de besoin, TTTMMM offre de prouver par l'audition du témoin Victor CRONAUER que celui-ci a confirmé que le sentier est partie commune et non partie privative et ce dans l'intention expresse, claire et non équivoque des époux GGG-EEE et de Victor CRONAUER lui-même.

Dans l'acte notarié de mise en copropriété du 2 août 1993, la numérotation initiale des lots figurant sur le plan BEMTGEN n'a pas été gardée, mais dans le cadre de l'attribution des numéros cadastraux à faire par l'Administration du Cadastre et de la Topographie conformément à l'article 3 du règlement grand-ducal du 22 juin 1988, une nouvelle numérotation de douze numéros, qui prend également en considération les lots situés dans l'espace sur les différents étages des deux maisons, a été retenue.

Le lot (5) portant sur le plan BEMTGEN la légende « *jardin – contenance 01a89ca* » a, sous la rubrique tableau des millièmes de l'acte de mise en copropriété du 2 août 1993, pris le n° 012 et est défini en les termes suivants : « LOT NUMERO 012, avec la désignation cadastrale suivante : 012 EU 00, savoir comme partie privative un JARDIN sis derrière l'immeuble, avec une surface pondérée de 189,00 m², faisant 1,40/1.000. ».

Le plan BEMTGEN et les plans établis par Victor CRONAUER signés « *ne varietur* » par les époux GGG-EEE et le notaire, font partie intégrante de l'acte de mise en copropriété.

Dans l'acte de vente du 2 août 1993, le lot 012 est désigné dans les mêmes termes que dans l'acte de mise en copropriété.

L'acte de vente du 2 août 1993 renvoie au plan BEMTGEN resté annexé à l'acte de mise en copropriété.

Il résulte de ce qui précède qu'il ne saurait faire de doute que le lot n° 012 acquis à titre privatif est donc bien le lot (5) du plan BEMTGEN.

La délimitation des lots et l'affectation commune ou privative de ceux-ci sont l'œuvre de la volonté du propriétaire de l'immeuble, qui veut mettre celui-ci en copropriété.

Au niveau de la délimitation des lots et de leur affectation commune ou privative, les interventions de l'ingénieur agréé et de l'homme de l'art se limitent à traduire sur le plan matériel la volonté du propriétaire désireux de procéder à la mise en copropriété.

Les plans élaborés par Victor CRONAUER en juin 1993 ont trait à la délimitation des lots dans l'espace sur les différents étages des deux maisons. Ces plans, sur lesquels les terrains adjacents aux deux maisons ne sont que très partiellement reproduits – seuls les débuts des deux jardins et du chemin s'y trouvent –, ne concernent en rien la parcellisation de la surface terrestre objet du plan BEMTGEN.

Compte tenu de la nature des plans de Victor CRONAUER, ils ne peuvent avoir eu de caractère dérogatoire au plan BEMTGEN et ne peuvent servir à interpréter la volonté des époux GGG-EEE relative à la délimitation des lots au sol terrestre et à l'affectation commune ou privative de ceux-ci.

Cette volonté doit s'interpréter par rapport au plan BEMTGEN, que les époux GGG-EEE ont fait leur.

Au regard de la contenance de 189 m² du lot (5) du plan BEMTGEN, lot qui a ensuite reçu le n° 012, des données du rapport de mesurage du 9 février 2005 et de l'absence de disposition expresse attribuant un caractère commun au chemin litigieux, il y a lieu de dire, par réformation du jugement entrepris, que le chemin litigieux est intégré dans le lot privatif 012 et qu'il a donc un caractère privatif dans le chef de DDDDDD.

Cette interprétation de la volonté des époux GGG-EEE est corroborée par la circonstance que ceux-ci avaient déjà, avant la mise en copropriété, érigé, au-delà du chemin en béton, en bordure immédiate de ce qui est actuellement le jardin privatif de TTTMMM (lot n° 011), une clôture sur presque toute l'étendue séparant les lots, portant actuellement les n^{os} 011 et 012, et qu'ils ont ainsi marqué leur intention de considérer le chemin en béton et le jardin (proprement dit) du lot n° 012 comme faisant partie d'une même entité.

A noter encore que la modification en cours de route des lots à l'intérieur de l'immeuble jumelé reste sans incidence sur l'indication de contenance du lot (5) du plan BEMTGEN.

Contrairement à ce qu'allègue TTTMMM, reste de même sans incidence sur cette indication de contenance le fait que la répartition en millièmes de l'acte de mise en copropriété, répartition qui ne se fait pas uniquement en fonction de la surface des lots, n'ait éventuellement pas pris en considération cette modification.

L'intention des époux GGG-EEE quant au caractère privatif du chemin litigieux étant établie, le rapport unilatéral dressé par Victor CRONAUER, rapport qui repose sur une interprétation subjective et erronée du plan BEMTGEN, est sans valeur probante et l'offre de preuve par témoin est contredite. Cette offre de preuve est partant à déclarer irrecevable.

A titre superfétatoire, la Cour voudrait relever que le caractère privatif du chemin en béton n'empêche pas TTTMMM d'avoir accès à son jardin (lot n° 011) et à son échoppe extérieure (lot n° 009 et lot (8) du plan BEMTGEN).

Il résulte en effet des photos versées et des renseignements fournis à la Cour que TTTMMM peut facilement avoir accès à son jardin en traversant le passage, situé à gauche des deux maisons et donnant accès à l'entrée des deux maisons. L'accès à l'échoppe extérieure est toujours assuré à travers le lot (1) du plan BEMTGEN, lot dont le caractère commun n'est pas contesté. Cet accès est aussi assuré, certes avec la contrainte d'un détour, pour le cas où TTTMMM voudrait transporter des objets encombrants de l'échoppe extérieure vers son jardin et vice-versa.

A remarquer que cette contrainte pourrait être évitée si TTTMMM utilisait l'abri érigé dans son jardin pour entreposer ses objets encombrants.

En raison du caractère privatif du sentier en béton, DDDDDD est à décharger de la condamnation à procéder à l'enlèvement du portillon en fer forgé, de la clôture installée en bordure du sentier en béton et des déchets.

A l'appui de ses demandes reconventionnelles, DDDDDD explique que, ne disposant pas de l'autorisation et des plans relatifs à l'abri érigé par TTTMMM dans son jardin (lot n° 011), il a vu son projet de vente de ses lots privatifs retardé, alors qu'en l'absence de cette autorisation et de ces plans, il n'a pas pu faire dresser le cadastre vertical qui aurait dû être revu pour prendre en considération de nouveaux éléments bâtis, dont notamment l'abri de TTTMMM.

Le tribunal, se référant à l'article 5 du règlement grand-ducal du 22 juin 1988, a rejeté les demandes de TTTMMM, entre autres, au motif que la présence de l'abri sur le lot privatif de TTTMMM ne nécessite aucune modification du cadastre vertical puisqu'elle ne constitue pas une modification de la consistance du lot.

DDDDDD soutient que cette modification est nécessaire puisque l'article 5 du règlement grand-ducal du 22 juin 1988 la prévoit non seulement en cas de modification des lots, mais aussi en cas de modification de l'immeuble (cf. « *toute modification, soit de l'immeuble (...), soit des lots, doit être constatée par un acte modificatif du tableau descriptif (...)* »).

La modification de l'immeuble devant entraîner une modification du cadastre vertical est une modification susceptible d'entraîner des problèmes de délimitation entre lots privatifs et entre lots privatifs et parties communes.

Il est clair que l'abri, construit sur le jardin privatif de TTTMMM, est également privatif. Comme dès lors des problèmes de délimitation par rapport à d'autres lots privatifs et par rapport aux parties communes ne peuvent pas se poser, une modification du cadastre vertical ne s'est pas imposée en raison de la construction de l'abri.

Il s'ensuit que l'appel de DDDDDD, dans la mesure où il a trait à sa demande reconventionnelle, n'est pas fondé.

L'appelant DDDDDD demande que l'arrêt à intervenir soit déclaré commun au syndicat des copropriétaires.

Dans l'exploit du 12 janvier 2010, le « Syndicat des copropriétaires de l'immeuble 2 Route de Nash L-3260 Nish » est indiqué comme destinataire.

L'huissier instrumentant a dit qu'il n'a pas pu signifier l'acte dans les formes prévues par les alinéas 2 à 5 de l'article 155 du nouveau code de procédure civile, étant donné que personne ayant qualité de recevoir copie de l'acte n'a pu être trouvée sur les lieux.

Si le syndicat des copropriétaires a qualité pour agir en justice, tant en demandant qu'en défendant, il n'en demeure pas moins qu'en vertu de l'article 144 de la loi du 16 mai 1975 portant statut de la copropriété des immeubles bâtis, le syndic représente le syndicat des copropriétaires dans tous les actes civils et en justice et que les actes des procédure concernant le syndicat des copropriétaires sont régulièrement signifiés, suivant le cas, au syndic ou à la requête de celui-ci.

L'huissier, en voulant remettre l'exploit d'appel en un endroit où le syndic, qui représente le syndicat des copropriétaires, n'est ni domicilié ni établi, n'a pas procédé à une signification de l'acte d'appel au syndicat des copropriétaires.

A défaut d'une telle signification, il y a lieu de constater que la Cour n'est pas saisie d'une demande de DDDDDD en déclaration d'arrêt commun.

TTTMMM étant à condamner aux frais et dépens des deux instances, il n'a droit ni à une indemnité de procédure pour la première instance, ni à une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

Le jugement de première instance, qui a condamné DDDDDD au paiement d'une indemnité de procédure, est par conséquent à réformer.

Il ne paraît pas inéquitable de laisser à charge de DDDDDD les frais irrépétibles des deux instances. C'est donc à bon droit que le tribunal a débouté DDDDDD de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure. DDDDDD est aussi à débouter de sa demande en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel.

PAR CES MOTIFS

la Cour d'appel, neuvième chambre, siégeant en matière civile, statuant contradictoirement entre DDDDDD et TTTMMM, le magistrat de la mise en état entendu en son rapport,

déclare l'appel de DDDDDD en tant que dirigé contre TTTMMM recevable ;

déclare irrecevable l'offre de preuve par témoin de TTTMMM ;

déclare l'appel de DDDDDD partiellement fondé ;

réformant :

- constate que le sentier en béton, séparant les lots privatifs n^{os} 011 et 012 de l'immeuble en copropriété sis à L-3260 Nish, 2, route de Nash, est la propriété privative de DDDDDD ;

- décharge DDDDDD de la condamnation de procéder à l'enlèvement du portail en fer forgé, de la clôture installée en bordure du sentier en béton et des déchets déposés derrière les garages ;

- déclare non fondée la demande de TTTMMM en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance ;

- décharge DDDDDD du paiement de cette indemnité de procédure ;

- condamne TTTMMM aux frais et dépens de première instance et en ordonne la distraction au profit de Maître Claude WASSENIH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance ;

confirme le jugement pour le surplus ;

déboute les deux parties de leurs demandes en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel ;

condamne TTTMMM aux frais et dépens de l'instance d'appel et en ordonne la distraction au profit de Maître Claude WASENICH, avocat constitué qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

La lecture du présent arrêt a été faite en la susdite audience publique par Carlo HEYARD, président de chambre, en présence du greffier Lex BRAUN.