

**Jugement Civil (IIIe chambre)**  
**2021TALCH03/00007**

Audience publique du mardi, dix-neuf janvier deux mille vingt-et-un

Numéros du rôle : TAL-2018-02173 et TAL-2019-03019 (jonction)

Composition :

Christian SCHEER, vice-président,  
Maria FARIA ALVES, premier juge,  
Marc PUNDEL, premier juge,  
Chantal KRYSATIS, greffier.

**I.**  
**E N T R E :**

A, demeurant à -(...), (...),

**appelant** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER, en remplacement de l'huissier de justice Frank SCHAAL, de Luxembourg du 19 mars 2018,

**intimé sur appel incident,**

comparant par la société à responsabilité limitée SOCAVOCAT SARL, inscrite au barreau de Luxembourg, établie et ayant son siège à L-1720 Luxembourg, 6, rue Heine, inscrite au registre de commerce et des sociétés de Luxembourg sous le numéro B230842, représentée aux fins de la présente procédure par Maître Tom FELGEN, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

**E T :**

1) B, et son épouse,

2) C, demeurant ensemble à -(...), (...),

**intimés** aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice suppléant Christine KOVELTER,

**appelants par appel incident,**

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

**II.**

## **E N T R E :**

- 1) B, et son épouse,
- 2) C, demeurant ensemble à -(...), (...),

**demandeurs en intervention** aux termes d'un exploit de l'huissier de justice Martine LISE de Luxembourg du 8 avril 2019,

comparant par Maître Monique WIRION, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg,

## **E T :**

D, demeurant à -(...), (...),

**défendeur en intervention** aux fins du prédit exploit de l'huissier de justice Martine LISE,

comparant par Maître Guillaume RAUCHS, avocat à la Cour, demeurant à Luxembourg.

---

## **L E T R I B U N A L :**

A l'audience du 8 décembre 2020, l'instruction a été clôturée.

Vu la loi du 20 juin 2020 portant 1° prorogation de mesures concernant - la tenue d'audiences publiques pendant l'état de crise devant les juridictions dans les affaires soumises à la procédure écrite, - certaines adaptations de la procédure de référé exceptionnel devant le juge aux affaires familiales, - la suspension des délais en matière juridictionnelle, et - d'autres modalités procédurales, 2° dérogation temporaire aux articles 74, 75, 76 et 83 de la loi modifiée du 9 décembre 1976 relative à l'organisation du notariat, 3° dérogation temporaire aux articles 15 et 16 de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat, et 4° modification de l'article 89 de la loi modifiée du 8 mars 2017 sur la nationalité luxembourgeoise (Journal officiel A523 du 24 juin 2020).

Vu l'avis du tribunal du 1<sup>er</sup> octobre 2020.

Les mandataires des parties constituées ont été informés par bulletin du 1<sup>er</sup> octobre 2020 de la composition du tribunal.

Aucune des parties n'a sollicité à plaider oralement.

Les mandataires respectifs des parties ont déposé leurs fardes de procédure au greffe du tribunal.

L'affaire a été prise en délibéré à l'audience du 8 décembre 2020 par le président du siège.

Revu le jugement contradictoire du tribunal de paix de et à Luxembourg du 20 juin 2014 ayant reçu la demande en la forme, ayant dit que la servitude de passage de 4 mètres figurant dans l'acte notarié du 9 juillet 1990 est opposable à A et ayant, avant tout autre progrès en cause, fixé une comparution personnelle des parties et une visite des lieux en réservant les droits des parties et les frais.

Revu le jugement contradictoire du tribunal de paix de et à Luxembourg du 27 octobre 2014, vidant le jugement interlocutoire du 20 juin 2014, ayant déclaré la demande des époux B-C en rétablissement de la servitude de passage fondée, et avant tout autre progrès en cause, ayant nommé expert Gilles KINTZELE, avec la mission de déterminer et chiffrer les moyens aptes pour remettre en état l'assiette de la servitude de passage des consorts B-C afin que ces derniers puissent à nouveau avoir un accès à partir de la voie publique sur leur terrain situé en aval de celui de A et de préciser quelle partie du coût de rétablissement doit rester à charge des consorts B - C au titre des frais de conservation de la prédite servitude de passage, en réservant les droits des parties et les frais.

Revu le jugement contradictoire du 27 novembre 2015 rendu par le tribunal de ce siège confirmant les jugements des 20 juin 2014 et 27 octobre 2014 précités.

Les faits et rétroactes antérieurs au jugement du 27 novembre 2015 résultent à suffisance de ce jugement.

L'expert judiciaire Gilles KINTZELE a déposé son rapport d'expertise le 27 juillet 2016.

Par courrier du 16 novembre 2016, l'expert judiciaire Gilles KINTZELE a indiqué que :

*« ... Tenant compte des discussions lors de l'entrevue, je dois avouer avoir des problèmes pour évaluer le « pristin état », d'une part, à cause d'une canalisation se trouvant dans l'espace parking nouvellement aménagé et, d'autre part, concernant l'ampleur effective de la zone à considérer. Est-ce que les transformations de l'immeuble A (D) sont aussi à évaluer (fermer les fenêtres, par exemple). Qu'en est-il des problèmes d'autorisation de bâtir pour les travaux à effectuer ? Quels sont les travaux à considérer à charge de la partie BC ? »*

Suivant jugement contradictoire du 20 janvier 2017, le tribunal de paix, vidant le jugement du 27 octobre 2014, a renvoyé l'affaire pour continuation des opérations d'expertise devant l'expert Gilles KINTZELE.

Pour statuer ainsi, le tribunal de paix a retenu que si la demande de remise en pristin état devait se limiter à réclamer à remettre simplement le terrain dans l'état dans lequel il se trouvait avant l'exécution des travaux d'excavation (à supposer que cela soit techniquement réalisable) elle n'apportait pas de solution au présent litige alors qu'elle ne permettait toujours pas aux consorts BC d'accéder à leur terrain à partir de la RUE. Le tribunal de paix en a déduit qu'il y avait dès lors lieu de déterminer les travaux qu'il faut mettre en œuvre afin que les consorts B-C aient à nouveau un accès via leur servitude de passage de 4 mètres à leur terrain à partir de la RUE en précisant que le coût des travaux pour arriver de la situation actuelle jusqu'à la situation telle qu'elle existait avant les travaux d'excavation (pente telle qu'elle figure sur les plans du bureau d'architectes BF architectures) devait être supporté par A tandis que le coût des travaux devant permettre de passer de la pente telle qu'elle existait avant les travaux d'excavation à la RUE est à supporter par les consorts B-C.

Le tribunal de paix a également estimé qu'il y avait lieu de s'en tenir aux seuls travaux de remise en état de la servitude de passage, en d'autres termes il n'y avait pas lieu de prendre en compte d'éventuelles fermetures de fenêtres alors qu'il appartenait à la partie A (D) de décider si oui ou non elle comptait obstruer ses fenêtres.

Le tribunal de paix a encore décidé que, si avant les travaux d'excavation il appartenait aux consorts B-C, du moment qu'ils voulaient procéder au remblaiement de leur terrain, de solliciter une autorisation de bâtir, respectivement de faire effectuer une étude de stabilité, il y avait lieu de conclure qu'ils ont à supporter à l'heure actuelle de telles démarches. Le tribunal de paix a retenu qu'il appartenait à l'expert de déterminer quelles démarches auraient été nécessaires et à quelles études il aurait fallu faire procéder afin que les travaux de remblaiement soient réalisés selon le strict respect des règles de l'art.

Le 28 avril 2017, l'expert judiciaire Gilles KINTZELE a déposé son rapport d'expertise complémentaire.

A l'audience des plaidoiries du 6 octobre 2017, les consorts B-C ont demandé à ce que leur servitude de passage soit remise dans le même état où elle se trouvait avant que les travaux de construction de l'immeuble A (D) soient entamés. Ils ont encore demandé que la condamnation de A à la réalisation des travaux soit assortie d'une astreinte. A a quant à lui soutenu qu'il n'était pas possible d'entamer des travaux tant que les consorts B-C n'avaient pas sollicité les autorisations de construction nécessaires auprès de l'administration communale de (...). A a encore soutenu qu'on serait en présence d'un droit de passage et non

pas d'une servitude de passage et que l'usage de ce droit de passage n'avait pas été aggravé par l'exécution des travaux sur son terrain.

Par courrier du 3 novembre 2017, le tribunal de paix a prononcé la rupture du délibéré pour permettre aux parties d'examiner la proposition du tribunal de charger l'expert KINTZELE de la mission de reconstruire la servitude de passage, chacune des parties devant verser au fur et à mesure de l'avancement des travaux des acomptes à l'expert qui, à la fin du chantier, déterminera sur base des conclusions de son rapport d'expertise quelle part du coût total de la reconstruction doit en définitive être supportée par chacune des parties litigantes.

Par jugement contradictoire du 10 janvier 2018, le tribunal de paix, vidant le jugement du 20 janvier 2017, a condamné A à exécuter dans un délai de six mois à partir de la signification du jugement sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard sur son terrain sis RUE à (...) (parcelle n° .../....) conformément aux conclusions contenues dans le rapport d'expertise KINTZELE EJ 2755 du 28 avril 2017 les travaux nécessaires afin que sur une largeur de 4 mètres il présente à nouveau la même pente que celle qui figure dans les plans annexés à l'avenant de l'autorisation de construction enregistrée auprès de l'Administration communale de (...) en date du 12 juin 2009 pour que B et C puissent, après l'exécution des travaux qui leur incombent, retrouver au profit de leur terrain inscrit au cadastre de la Commune de (...), section (...) de (...), partie du numéro cadastral (../...) lieu-dit RUE, place, contenant ...ares ... centiares, une servitude de passage d'une largeur de ... mètres avec une pente identique à celle qui existait préalablement à la construction de son immeuble. Le premier juge a encore dit que l'astreinte est cantonnée au montant de 30.000.- euros.

Pour statuer ainsi, le tribunal de paix a retenu que le principe que A est contraint d'exécuter des travaux sur son terrain était acquis depuis le jugement du 27 novembre 2015 rendu par le tribunal d'arrondissement de ce siège. Le premier juge a ensuite décidé qu'il y avait lieu de condamner A à exécuter des travaux sur son terrain conformément aux conclusions de l'expert KINTZELE afin que les consorts B-C puissent retrouver le terrain avec une pente identique à celle ayant existé préalablement à la construction de l'immeuble A.

De ce jugement, A a régulièrement relevé appel par exploit d'huissier de justice du 19 mars 2018. Il y a lieu de préciser qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que le jugement a été signifié.

Par exploit d'huissier du 8 avril 2019, les consorts B-C ont mis en intervention forcée D.

L'appel a été enrôlé sous le numéro TAL-2018-02173.

L'assignation de mise en intervention a été enrôlée sous le numéro TAL-2019-03019.

Par ordonnance de jonction du 24 avril 2019, les procédures connexes inscrites sous les numéros du rôle TAL-2018-02173 et TAL-2019-03019 ont été joints.

### **Prétentions et moyens des parties**

#### La position de A

Par réformation du jugement entrepris, A conclut principalement à voir prononcer sa mise en hors cause et subsidièrement à voir dire qu'aucune aggravation de la servitude des intimés B-C n'est avérée et que dès lors la partie appelante n'aura pas besoin de procéder à des travaux de remblaiement, à voir dire que l'exécution des travaux tels qu'ordonnés par le juge de paix est impossible, à voir dire que le juge de paix n'a pas respecté l'autorité de chose jugée en condamnant A aux travaux litigieux sans définir par quels moyens les intimés doivent participer aux frais de conservation de la servitude. A titre plus subsidiaire, A demande la condamnation des consorts B-C à effectuer les études de stabilité et à demander les autorisations nécessaires pour les travaux de conservation de leur servitude afin de réaliser ces travaux de conservation dans un délai de 6 mois suivant la confirmation du jugement de première instance et ce sous une astreinte journalière de 1.000.- euros par jour de retard.

A sollicite encore la condamnation des consorts B-C au paiement tant d'une indemnité de procédure de 5.000.- euros par instance que des frais et dépens des deux instances avec distraction au profit de son avocat qui affirme en avoir fait l'avance. Il réclame finalement la condamnation des consorts B-C à lui payer les frais engendrés par les honoraires d'avocat s'élevant à 5.000.- euros.

Au soutien de son appel, A expose, à titre principal, qu'il a par acte de donation authentique du 11 février 2019 transmis la propriété intégrale de la maison sise à L- (...), (...), RUE, à son fils, D, qui l'a acceptée.

N'étant plus le propriétaire de la maison et du terrain sur lequel porte la servitude, les demandes des consorts B-C serait dirigées contre la mauvaise personne.

Il fait valoir que, par rapport au fonds servant, l'obligation liée à l'exercice de la servitude est dite *propter rem*, *liés à une chose*, et pèse non sur un débiteur personnellement mais sur le propriétaire de cette chose, de telle sorte que celui-ci peut s'en affranchir en aliénant la chose ou en délaissant sa propriété.

Ce serait D, en sa qualité de propriétaire du fonds servant, qui serait débiteur des obligations liées à l'exercice de la servitude.

Dans tous les cas, il serait impensable et irréalisable qu'une personne qui n'a plus la qualité de propriétaire puisse se voir imposer la remise en état d'une partie d'un immeuble ne lui appartenant plus ; ce serait incompatible avec les droits de jouissance paisible du cessionnaire de la propriété cédée.

Il conclut qu'il pourrait tout au plus être condamné au paiement de dommages et intérêts. Or, il conteste tout préjudice dans le chef des intimés.

Il conteste encore avoir commis une fraude en faisant donation de son immeuble à son fils. Aucune disposition légale n'interdirait de disposer de sa propriété, ceci même en plein procès judiciaire.

Il explique avoir toujours eu l'intention de faire donation de l'immeuble à son fils après une période de location de six ans ce qui lui a permis de profiter d'un taux d'amortissement de 6% au niveau fiscal.

A titre subsidiaire, A invoque quatre moyens.

Il soutient en premier lieu qu'il ne serait pas prouvé que les constructions de la société XX ont rendu la servitude des consorts B-C moins praticable que lors de sa constitution en 1990. Suivant les rapports d'expertise, la servitude aurait été non carrossable avant les travaux de construction à cause de son dénivelé extrême et à cause du muret bloquant l'accès. Ce muret n'aurait pas pu être franchi avec plus d'aisance que le mur en gabions actuellement en place et la pente aurait été tellement raide qu'il aurait été impossible de pratiquer la servitude avec des engins. Ce ne serait qu'en raison des travaux de stabilisation de la société promotrice que la stabilité du talus aurait pu être retrouvée. La servitude n'aurait dès lors été praticable ni à pied ni avec des engins avant les travaux de construction de la société promotrice.

Selon A, il aurait appartenu aux consorts B-C de demander une autorisation de travaux de remblai et de faire les études de stabilité nécessaires s'ils avaient voulu faire des travaux leur permettant d'avoir un accès carrossable. En cas de refus de ces autorisations par la Ville de (...), la servitude telle qu'elle existerait aujourd'hui ne serait pas moins carrossable que la servitude ayant existé avant les travaux effectués par la société XX et la situation serait la même qu'en 1990. A indique vouloir éviter de faire des travaux qui n'apporteraient aucune plus-value aux parties intimées. L'exécution des travaux à laquelle A aurait été condamné par le premier juge n'entraînerait aucune amélioration de la situation des parties intimées, la pente restant non carrossable.

En second lieu, A fait état d'une impossibilité d'effectuer les travaux pour deux raisons, l'une d'un ordre pratique et l'autre à cause des risques de stabilité.

Concernant l'impossibilité pratique, A soutient que dans le cadre des travaux de constructions effectués par le promoteur, une parcelle aurait été cédée

gratuitement à la Ville de (...), qui serait actuellement un stationnement pour voitures. Cette cession résulterait du point 10 de l'autorisation de construire du 25 juillet 2008. La rétrocession de cette parcelle serait irréalisable mais serait cependant nécessaire pour garantir de nouveau un accès à la servitude par un véhicule motorisé. Avant cette cession, la servitude aurait été 1,50 mètres en retrait vis-à-vis de la limite de parcelle telle qu'elle existerait à ce jour. A estime qu'il ne pourrait rétablir la pente avec le même dénivelé si la longueur de la pente a changé.

Concernant l'impossibilité pour risques, A fait valoir que tous travaux effectués sur le terrain afin de modifier la pente emporteraient des risques de glissement de terrain. Il résulterait de l'étude géotechnique du 14 novembre 2007, effectuée par le Grundbaulabor Trier, que des piliers d'une longueur de 12 mètres auraient dû être enfoncés en dessous des constructions afin de stabiliser le terrain. Le terrain en question aurait subi un important glissement de terrain en 1994 et aurait été classé pendant une longue période comme zone « non aedificandi » par une décision du conseil communal du 4 décembre 1995. Le Grundbaulabor Trier aurait confirmé, dans une prise de position du 28 mars 2018, que les terrains litigieux auraient subi un glissement sur une largeur de 50 mètres et une profondeur de 60 mètres et que les terrains seraient restés dans cet état précaire pendant 10 ans. Il résulterait encore de cette prise de position que des réaménagements de terre auraient permis de stabiliser le talus et que les terrassements faits par la société promotrice avec les différents escaliers auraient été nécessaire afin de stabiliser la parcelle et d'éviter de nouveaux glissements. Suivant les conclusions de l'ingénieur (...), la remise dans le pristin état serait dangereuse.

A invoque ensuite l'incompréhensibilité du jugement du 10 janvier 2018 et du rapport d'expertise. Il ne ressortirait pas clairement du rapport d'expertise si la rétrocession de la parcelle de la Ville de (...) devrait obligatoirement avoir lieu pour arriver au résultat demandé par le juge de paix. Il ne ressortirait ni du jugement ni du rapport d'expertise qui devrait demander cette rétrocession auprès de la Ville de (...). Le juge de paix n'aurait pas non plus indiqué l'assiette de la servitude que les consorts B-C devrait pouvoir retrouver après l'exécution des travaux. Le juge aurait par ailleurs omis de définir les travaux incombant aux consorts B-C.

A fait en dernier lieu valoir que le tribunal de ce siège aurait, dans son jugement du 27 novembre 2015, retenu qu'il existait une servitude de passage mais que cette servitude n'a jamais été entretenue par les parties intimées et que les frais de conservation de cette servitude devraient rester à charge des consorts B-C. A estime que le juge de paix aurait omis de définir dans le jugement entrepris à quel titre les consorts B-C devraient participer aux frais des travaux au titre de « *frais de conservation de la servitude* ».

A l'appel incident interjeté par les consorts B-C, A répond que l'exécution des travaux serait impossible eu égard au risque inhérent au terrain et à la haute probabilité que la Ville de (...) refuse la rétrocession du terrain cédé et émette l'autorisation pour les travaux à entreprendre. Le principe même d'une astreinte accompagnant une éventuelle condamnation aux travaux devrait pour ces raisons être refusé.

### La position des consorts B-C

Les consorts B-C concluent à la confirmation pure et simple du jugement entrepris à l'exception de la disposition ayant cantonné l'astreinte au montant de 30.000.- euros. Ils relèvent appel incident en ce qui concerne cette disposition du jugement et demandent, par réformation du jugement entrepris, principalement à voir dire qu'il n'y a pas lieu à cantonnement et subsidiairement à voir dire que l'astreinte est cantonnée au montant de 500.000.- euros. Ils demandent encore le rejet de la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure et sollicitent de leur côté une indemnité de procédure de 5.000.- euros par instance. Ils réclament finalement la condamnation de A au paiement tant des frais engendrés par les honoraires d'avocat s'élevant à 10.000.- euros que des frais et dépens de l'instance d'appel, avec distraction au profit de leur avocat, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Les consorts B-C demandent encore à voir déclarer le jugement commun à l'égard de D et à le voir condamner aux frais et dépens de l'assignation en intervention, avec distraction au profit de leur avocat, qui la demande, affirmant en avoir fait l'avance.

Les consorts B-C soutiennent que la donation du 11 février 2019 serait sans incidence sur le présent litige.

Ils font valoir que l'obligation de faire sous astreinte a un caractère personnel et qu'il incomberait dès lors à la partie appelante de remettre la servitude en état (cf. Cass. fr, 18 décembre 2008, n° 07-20.562).

Il se réfèrent à une jurisprudence de la Cour de cassation française, selon laquelle une personne ayant détérioré un mur mitoyen et ayant vendu son immeuble en cours de procédure, devait néanmoins supporter les courts de réfection du mur (cf. Cass. fr., 4 janvier 1990, n° 88-16.040).

Ils font valoir que lorsque la faute de l'ancien propriétaire est à l'origine du dommage, c'est contre lui que l'action doit être dirigée et non contre le nouveau propriétaire qui ne peut pas être querellé pour des faits qui ne lui sont pas imputables.

Ils font également valoir que D était au courant du présent litige.

Ils concluent, pour le cas où le tribunal devait suivre le raisonnement de l'appelante, à ce que la donation du 11 février 2019 leur soit déclarée inopposable en vertu du principe *Fraus omnia corrumpit*.

Ils soutiennent que l'affaire devait être plaidée le 22 janvier 2019 et que la partie appelante n'en a demandé la refixation que pour pouvoir passer l'acte de donation et échapper à une condamnation.

Ils font également valoir que les explications adverses quant à un prétendu avantage fiscal ne feraient pas de sens et qu'aucune preuve du prétendu bail ou du paiement des loyers ne serait versée.

En ce qui concerne la condamnation à remettre en état de leur servitude, les consorts B-C font encore valoir que les architectes auraient pris le soin de dessiner le terrain naturel tel qu'il aurait existé au moment de l'élaboration des plans d'architectes, de sorte que la pente du terrain avant les travaux de construction serait connue.

Ils exposent que la Ville de (...) aurait, par courrier du 29 juillet 2008, précisé que le mesurage 30079 du 14 avril 2008 indiquerait clairement une servitude de passage. Il résulterait des plans d'architectes signés par le maître de l'ouvrage, la société XX, et par l'architecte qu'il existe une servitude au profit du terrain des consorts B-C. A aurait acheté la maison clé en mains, c'est-à-dire sur base de plans d'architectes dûment autorisés et aurait donc eu connaissance de cette servitude. En aménageant ses alentours, mère A aurait dû respecter cette servitude.

Les consorts B-C demandent la condamnation de A à remettre le terrain dans son pristin état, c'est-à-dire d'enlever le mur barrant l'accès des intimés au terrain grevé de la servitude, de remettre le mur de soutènement à l'endroit où il se trouvait avant les travaux de construction, d'enlever tous les escaliers construits sur toute la longueur de la servitude et de donner au terrain la même pente que celle qui existait avant les travaux de construction. Ils estiment que si des autorisations étaient nécessaires pour ces travaux, il appartiendrait à A de les demander qui n'avait qu'à laisser le terrain tel qu'il était. Le rétablissement dans le pristin état du terrain correspondrait à de la terre compactée leur permettant respectivement permettant à leur jardinier de descendre avec des engins si besoin en est. Il ne pourrait y avoir d'escalier et la pente ne pourrait être plus raide que celle qui existait avant les travaux de construction.

Les consorts B-C contestent qu'il y aurait eu un glissement de terrain sur la partie concernée par la servitude. Ils font valoir que si le terrain a perdu de sa stabilité suite à la construction de la maison de A, il appartiendrait à celui qui a effectué les travaux de rendre le terrain de nouveau stable.

Concernant le moyen d'appel tiré de l'aggravation de la servitude, les consorts B-C soutiennent qu'il y aurait eu suppression de la servitude par la partie appelante. Le passage serait rendu impossible par la présence d'un mur rendant tout accès au terrain par les consorts B-C impossible. Avant les travaux entrepris par A, aucun muret dépassant la hauteur de la chaussée n'aurait existé. Seul aurait existé un mur de soutènement qui ne dépassait pas le niveau de la chaussée. Les consorts B-C aurait pu obliger les propriétaires à enlever la balustrade si besoin il y avait.

Les consorts B-C font encore valoir que d'après l'acte notarié et le plan y annexé, la servitude aurait une largeur de 4 mètres. Les multiples escaliers présents à l'heure actuelle n'auraient pas 4 mètres de largeur. Les consorts B-C estiment que même si A enlevait le mur empêchant l'accès au terrain, on serait en présence d'un simple accès piétonnier non praticable par des engins motorisés. En décalant le mur de quelques mètres par rapport à la situation avant la construction, le chemin d'accès serait devenu plus court et par conséquent beaucoup plus raide, de sorte que cet élément constituerait également une aggravation de la servitude.

Quant à l'impossibilité d'exécuter les travaux, les consorts B-C soulèvent qu'aucune pièce ne serait versée au sujet de la cession d'une parcelle à la Ville de (...). Ils estiment que A ne pouvait céder la parcelle à la Ville de (...) dans la mesure où il ne pourrait céder plus de droits qu'il n'a et que la Ville de (...) doit respecter la servitude de passage. En ce qui concerne les risques, les consorts B-C indiquent qu'ils ne demandent pas une modification de la pente par rapport au pristin état mais le rétablissement de la pente dans l'état dans lequel il existait depuis une centaine d'années. Il n'y aurait pas eu de glissement de terrain sur la parcelle constituant l'assiette de la servitude. Ils estiment que si les maisons ne glissent pas le chemin d'accès ne glisserait pas non plus.

Concernant l'incompréhensibilité du jugement entrepris et du rapport d'expertise, les consorts B-C considèrent que le pristin état serait documenté par les plans d'architectes annexés à l'avenant de l'autorisation de construire. Le jugement serait compréhensible.

Quant à l'autorité de chose jugée, les consorts B-C soutiennent que le jugement du 27 novembre 2015 serait un jugement avant-dire droit qui ne pourrait donc avoir autorité de chose jugée.

Quant à leur appel incident, les consorts B-C font valoir que le montant de 30.000.- euros ne serait pas dissuasif et permettrait à A de ne pas effectuer les travaux en payant le montant en question.

En ce qui concerne la mise en intervention de D, ils expliquent qu'elle tend à une déclaration de jugement commun afin que le jugement à intervenir lui soit pleinement opposable.

Ayant un simple but conservatoire, cette mise en intervention serait recevable à tout stade de la procédure, même en appel.

### La position de D

D se rapporte à prudence de justice quant à la recevabilité formelle de l'assignation en intervention du 8 avril 2019.

Il demande à voir dire irrecevable cette assignation.

Il conclut à l'irrecevabilité de l'assignation d'abord pour violation du double degré de juridiction et ensuite parce qu'il n'est pas à considérer comme un tiers pouvant former tierce opposition.

Il soutient que ne saurait être considéré comme tiers à une action judiciaire le cessionnaire d'un droit litigieux qui a obtenu cession dudit droit après l'introduction de l'instance.

Pareillement, le donataire ne serait un tiers que quant aux droits nés postérieurement à la donation et l'ayant-cause du donateur quant aux droits créés antérieurement et il ne pourrait former tierce opposition qu'aux décisions rendues contre le donateur antérieurement à la donation (cf. Cour d'appel, 17 décembre 1909, Pas. 8, p.247).

A titre subsidiaire, il se rallie aux conclusions de l'appelant et indique qu'il s'opposera avec véhémence à toute tentative d'exécution d'une éventuelle décision de justice s'effectuant sur sa propriété.

### **Motifs de la décision**

#### Quant à la recevabilité de la mise en intervention

Pour être recevable, la demande en mise en intervention forcée doit prendre la forme d'une assignation.

L'intervention forcée ne peut être dirigée que contre un tiers auquel on a intérêt à opposer le jugement et qui aurait le cas échéant pu faire tierce-opposition contre la décision à intervenir (cf. Thierry HOSCHEIT, Le droit judiciaire privé au Grand-Duché de Luxembourg, 2<sup>ème</sup> édition, n° 1133, p.639).

L'intervention forcée conservatoire tend à une déclaration de jugement commun, afin que le jugement à intervenir n'ait plus autorité relative à l'égard des tiers, mais lui soit pleinement opposable.

Lorsque la demande en intervention poursuit ce simple but conservatoire, l'assignation peut intervenir à tout stade de la procédure, même en appel, à condition que le tiers aurait pu faire tierce opposition contre le jugement attaqué (cf. Thierry HOSCHEIT, opus précité, n° 1134, p.640).

En vertu de l'article 612 du nouveau code de procédure civile, une partie peut former tierce-opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et, lors duquel, ni elle ni ceux qu'elle représente, n'ont été appelés.

La tierce opposition est recevable, alors même qu'en fait le jugement ne porte aucun préjudice au tiers, s'il porte une atteinte à ses droits. (Cour d'appel, 15 décembre 2010, Pas. 35, p.540)

Pour être recevable à former tierce opposition contre une décision, il ne suffit pas de ne pas être partie au jugement attaqué. Encore faut-il ne pas avoir été représenté dans l'instance. Les difficultés dans la détermination des personnes qui sont recevables à former tierce opposition proviennent du fait que la représentation est conçue par la jurisprudence de manière extensive en matière de tierce opposition (cf. Dalloz, Répertoire de procédure civile, Tierce opposition, recevabilité de la tierce opposition, Natalie FRICERO, Juin 2012, actualisation septembre 2020, n°69-70).

En ce qui concerne le cas de l'ayant-cause à titre particulier, le principe retenu est simple, même si son application est parfois délicate. L'ayant-cause à titre particulier, qui ne fait que poursuivre une situation préexistante avec ses droits et obligations, est considéré comme ayant été représenté par son auteur pour le bien ou le droit considéré et ce jusqu'à la transmission de ce droit ou de ce bien. Dès lors qu'il a été représenté, l'ayant-cause n'a plus la faculté d'user de la tierce-opposition. Ainsi, le donataire est représenté par le donateur (Req. 14 juill. 1852, DP 1852. 1. 244.). La difficulté de mise en œuvre du principe de représentation réside dans la recherche de la date à laquelle l'opération juridique est opposable aux tiers et transforme le statut de l'ayant-cause à titre particulier de partie représentée en tiers. Dès lors qu'il redevient un tiers, la tierce-opposition lui est ouverte, de telle sorte que cette date est essentielle. Deux idées fortes président la jurisprudence de la Cour de cassation. Tout d'abord, la transmission ou l'opération juridique s'effectue au moment où la publicité prévue par les textes est accomplie. C'est à ce seul instant qu'elle est opposable aux tiers, et que cesse alors la représentation. Par ailleurs, le juge se place au jour où il statue et non au jour de l'assignation, de telle sorte que si l'opération (vente, donation, etc.) se situe pendant le temps de l'instance, l'ayant-cause qui n'y est pas appelé devient un tiers et pourra faire tierce-opposition (Cass. fr., civ. 2e, 20 juin 1979, n°77-15.380, Bull. civ. II, no 191; D. 1980. IR 51, obs. Julien. ; Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile, Chapitre 551, Tierce-opposition, Dominique d'Ambra, Serge Guinchard, 2017-2018, n°551.92).

En l'occurrence, la mise en intervention a été faite par voie d'assignation et s'agissant d'une simple mise en intervention conservatoire, elle peut être faite en appel.

En ce qui concerne la condition que la voie de la tierce opposition ait été ouverte à la partie mise en intervention, le présent jugement risque de préjudicier aux droits de D en ce que la condamnation à la réalisation de travaux d'envergure sur le terrain, qui désormais lui appartient, est demandée.

Si en tant que donataire, D, est l'ayant-cause à titre particulier de A, il n'était « représenté » par son auteur que jusqu'à la date de la donation. A partir du 11 février 2019, il n'est plus considéré comme « représenté » et est à considérer comme pouvant faire tierce opposition.

Par conséquent, le tribunal rejette les moyens d'irrecevabilité soulevés par D et dit sa mise en intervention forcée recevable.

Le jugement à intervenir lui sera partant déclaré commun.

#### Quant à l'exception de fraude

Les consorts B-C se prévalent de l'adage *fraus omnia corrumpit* pour voir dire que la donation du 11 février 2019 leur est inopposable.

La notion de fraude au sens large, telle que reflétée par la maxime *fraus omnia corrumpit*, est synonyme de ruse, tromperie ou manœuvre déloyale.

Le principe « *fraus omnia corrumpit* » a un champ d'application vaste, dès lors que la fraude ne peut créer un droit et que l'acte qui en est entaché n'est pas opposable aux tiers ni aux parties. La fraude constitue une exception à toutes les règles de droit et a une fonction essentiellement correctrice.

Lorsque, par l'effet d'une règle de droit (ou d'une institution juridique, d'un acte juridique, ou encore de l'acquisition de la personnalité morale), l'auteur d'un comportement frauduleux est susceptible d'en retirer un avantage, l'application de l'adage peut réduire cet effet à néant, en tout cas, dans la mesure nécessaire pour faire échec à l'objectif prohibé.

La neutralisation des effets d'un tel comportement se traduit par l'inopposabilité, éventuellement soulevée sous la forme d'une « exception de fraude », de l'acte ou de la règle à la victime, que celle-ci soit un tiers ou une partie à un contrat. La sanction pourra finalement imposer que l'acte soit complètement écarté, ce qui aboutira à sa nullité. L'application de l'adage n'écarte pas pour autant celle des règles du droit commun lorsque les conditions de celui-ci sont réunies, ce qui se traduit, soit ici aussi par l'inopposabilité de l'acte, cette fois à titre de réparation en nature fondée sur l'article 1382 du code civil, soit par des

dommages et intérêts, soit encore, le cas échéant, par l'application du régime réservé au dol vice de consentement.

Ainsi l'adage remplit-il la fonction qui lui est dévolue de longue date, en Belgique comme en France, qui prescrit au juge de faire régner l'équité avec ce correctif essentiel que si le juge « *ne peut donner au juste plus que la loi ne lui donne, il se reconnaît le pouvoir d'enlever au coupable les avantages de la situation juridique que celui-ci avait cru acquérir* » (F. Glansdorff, L'adage « *fraus omnia corrumpit* », J.T. n°6719- 07/2018).

Il ressort de ces développements que, non seulement le champ d'application de l'adage *fraus omnia corrumpit* est très étendu, mais aussi que son application peut prendre des formes extrêmement diverses (inopposabilité ou nullité d'un acte, dommages-intérêts), afin que l'auteur de la fraude ne puisse tirer avantage de sa fraude.

Pour être constitutif de fraude, l'acte déloyal doit être accompli dans l'intention de causer un dommage ou d'obtenir un gain. Il ne suffit pas que l'acte déloyal soit volontaire et cause de la sorte un dommage (F. Glansdorff, L'adage « *fraus omnia corrumpit* », op.cit.; Cour de cassation belge, 16 novembre 2015, Pas., 2015, n°679 y citée).

La fraude « *implique la volonté malicieuse, la tromperie intentionnelle, la déloyauté dans le but de nuire ou de réclamer un gain* » (Cour de cassation belge, 3 octobre 1997, Pas. I,1997, I, n°386). (cf. Cour d'appel, 22 janvier 2020, n° CAL-2017-00004 du rôle).

La fraude ne se présume pas et doit être prouvée. La charge de la preuve pèse sur les consorts B-C.

Il résulte des développements qui précèdent que le fait que la donation du fonds servant par A à son fils en cours de litige soit de nature à causer un préjudice aux consorts B-C ne suffit pas à caractériser la fraude.

Par ailleurs, chaque personne est libre de disposer de ses biens, tel que correctement soulevé par A, et le fait d'avoir disposé du fonds servant en cours de litige ne suffit pas non plus à caractériser une fraude. De plus, il est commun pour un parent de faire des donations en faveur de son enfant.

Le fait que le mandataire de A ait demandé le report de la date de clôture et plaidoiries ne suffit pas à caractériser l'intention frauduleuse.

En ce qui concerne le moment de la donation, contrairement à ce qu'allèguent les consorts B-C, les explications données par A ne sont pas dénuées de fondement.

En effet, A verse des quittances de loyer couvrant la période du 30 mars 2012, pour la plus ancienne, au 2 décembre 2018, pour la plus récente, relatives à sa location de la maison sise à L-( ..... ) (...), RUE à son fils D. De plus, D figure comme « locataire » dans le rapport d'expertise KINTZELE du 27 juillet 2016.

A verse également les annexes à ses déclarations d'impôt sur le revenu des années 2012 à 2018, desquelles il découle que par l'amortissement de 6% pour les constructions dont l'achèvement remonte à moins de 6 ans et sujettes à location, il a pu amortir 51.193,56 euros chaque année, ce qui même compensé avec le loyer qui était, à titre d'exemple de 28.800.- euros pour 2018, lui a permis de réduire de manière significative l'assiette d'impôt. Après 6 ans, ce taux passant à 2%, cet avantage n'aurait plus persisté à partir de 2019.

Ainsi, le fait que A ait attendu début 2019 pour faire la donation de l'immeuble à son fils ne caractérise pas la fraude alléguée.

Par ailleurs, le tribunal constate que l'acte de donation comporte une référence extensive à l'existence de la servitude et au présent litige.

A défaut pour les consorts B-C d'avoir établi une volonté malicieuse, une tromperie intentionnelle, une déloyauté dans le but de nuire ou de réclamer un gain, le moyen tiré du principe *fraus omnia corrumpit* est à rejeter.

#### Quant au bien-fondé de l'appel principal

La servitude de passage a un caractère réel et immobilier. Il s'agit d'un droit attaché au fonds et non à la personne. Les servitudes constituent des droits réels qui restent attachés aux deux fonds entre lesquels elles ont été constituées en quelque main que l'un ou l'autre passe, malgré toutes mutations de propriété (Cour de cassation fr. civ. 3<sup>ème</sup>, 5 décembre 1969, n° 68-12.299).

Les sanctions des travaux effectués en violation des servitudes par le propriétaire du fonds servant sont soit le rétablissement des lieux dans leur état antérieur, soit des dommages et intérêts, soit le cumul des deux.

Le choix de l'une de ces sanctions est important dans la mesure où, selon le cas, elle sera ou non transmissible à tout propriétaire du fonds. En effet, la condamnation aux dommages-intérêts ne peut être qu'une obligation personnelle pesant sur le contrevenant, intransmissible par sa nature même, alors que l'obligation de remise en état est considérée comme une obligation *propter rem*, c'est-à-dire une charge réelle sur le fonds, qui se transmet à ses propriétaires successifs (M. PLANIOL et G. RIPERT, op. cit., t. 3, n° 985 ; P. JOURDAIN, op. cit., no 160-1 ; Dalloz actualité 28 mars 2014, Servitude et obligation *propter rem* : rappel, Cass. fr. civ., 12 mars 2014, F-P+B, n° 12-28.152 ; Cass. fr., civ. 7 févr. 1949, D. 1949. 405, note R. Lenoan ; JCP 1949. II. 5159, note

É. Becqué ; G. Marty et P. Raynaud, Traité de droit civil - Les biens, 2e éd. n° 160-1 ; A. Weill, F. Terré et Ph. Simler, Droit civil, Les biens, 3e éd. n° 840 ; R. Béraud et J. Debeaurain Mitoyenneté, clôture, bornage, servitudes, Ed. Sirey, 1981, n° 169; Acquisition et protection de la propriété et des droits réels, Cass. fr., civ. 3ème, 18 mai 1989, M. Courtine c/époux Pierrette, Bull. civ. III, n° 116, p. 64.).

Par conséquent, l'acquéreur du fonds sera également débiteur de l'obligation d'exécuter à ses frais les travaux qui s'imposent.

En l'espèce, le jugement du tribunal de paix de et à Luxembourg du 27 octobre 2014, confirmé par le jugement du tribunal de céans du 27 novembre 2015, a dit fondée la demande des consorts B-C en rétablissement de la servitude de passage.

Aussi, l'obligation de remettre en son état antérieur aux travaux réalisés par A la partie du fonds servant, assiette de la servitude, est acquise.

C'est l'exécution de cette obligation qui est l'objet du présent litige.

L'obligation de remettre en état ayant été transmise à D par l'effet de la donation du 11 février 2019, A ne peut pas être condamné à l'exécution de cette obligation puisqu'il n'en est plus le débiteur. D'ailleurs, cela a été, à juste titre, pris en compte dans l'acte de donation du 11 février 2019 qui évalue l'objet de la donation à 990.000.- euros, soit la « *valeur de l'immeuble 1.190.000.- dont il y a lieu de déduire le coût des travaux de remise en état de la servitude de 200.000.-* ».

Par conséquent, l'appel principal est fondé sur ce point et A est à décharger de la condamnation prononcée à son encontre par le jugement entrepris.

Partant, par réformation du jugement entrepris, il y a lieu de décharger A de la condamnation à exécuter dans un délai de six mois à partir de la signification du jugement entrepris sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard, cantonnée à 30.000.- euros, sur son terrain sis RUE à (...) (parcelle n° NNN/NNNN) conformément aux conclusions contenues dans le rapport d'expertise KINTZELE EJ 2755 du 28 avril 2017 les travaux nécessaires afin que sur une largeur de 4 mètres il présente à nouveau la même pente que celle qui figure dans les plans annexés à l'avenant de l'autorisation de construction enregistrée auprès de l'Administration communale de (...) en date du 12 juin 2009 pour que B et C puissent, après l'exécution des travaux qui leur incombent, retrouver au profit de leur terrain inscrit au cadastre de la Commune de (...), section (...) de (...), partie du numéro cadastral (../...) lieu-dit RUE, place, contenant ...ares ... centiares, une servitude de passage d'une largeur de 4 mètres avec une pente identique à celle qui existait préalablement à la construction de son immeuble.

### Quant à l'appel incident

Etant donné que, par réformation, aucune condamnation n'est prononcée, il n'y a pas lieu à prononcer d'astreinte et l'appel incident tendant à voir prononcer une astreinte illimitée, sinon cantonnée à 500.000.- euros n'est pas fondé.

### Quant aux demandes accessoires

L'application de l'article 240 du nouveau code de procédure civile relève du pouvoir discrétionnaire du juge (Cour de cassation, 2 juillet 2015, arrêt N° 60/15, JTL 2015, N° 42, page 166).

Ni A, ni les consorts B-C ne justifient de l'iniquité requise par les dispositions de l'article 240 du nouveau code de procédure civile, de sorte que leurs demandes respectives en obtention d'une indemnité de procédure pour l'instance d'appel sont à rejeter.

Aux mêmes motifs, la demande de A en obtention d'une indemnité de procédure pour la première instance est à rejeter.

A ayant été condamné à payer aux consorts B-C une indemnité de procédure de 500.- euros par le premier juge et ceux-ci ne justifiant pas en quoi le quantum de cette indemnité serait injustifié, leur demande en obtention d'une indemnité de procédure de 5.000.- euros pour la première instance n'est pas fondée.

Tant A que les consorts B-C demandent la condamnation de l'autre au paiement des frais engendrés par les honoraires d'avocat sans indiquer de base légale. Ces demandes sont recevables sur base de la responsabilité pour faute des articles 1382 et 1383 du code civil (cf. Cassation, 9 février 2012, n° 5/12).

Comme toutefois, ni A, ni les consorts B-C ne versent la moindre pièce de nature à établir le préjudice allégué, leurs demandes respectives sont à déclarer non fondées.

Aux termes de l'article 238 du nouveau code de procédure civile, toute partie qui succombera sera condamnée aux dépens, sauf au tribunal à laisser la totalité, ou une fraction des dépens à la charge d'une autre partie par décision spéciale motivée.

En ce qui concerne les frais de l'assignation en mise en intervention, s'agissant d'une mise en intervention conservatoire effectuée dans l'intérêt des consorts B-C, les frais de cette assignation restent à leur charge.

Etant donné que A n'a été déchargé de la condamnation prononcée à son encontre qu'en raison de la donation intervenue en cours d'instance, qui est de

son seul fait, le restant des frais et dépens de l'instance d'appel sont mis à charge de A, avec distraction au profit de Maître Monique WIRION, avocat concluant, affirmant en avoir fait l'avance.

C'est à juste titre que le premier juge a condamné A aux frais et dépens de la première instance. L'appel principal n'est pas fondé sur ce point.

### **PAR CES MOTIFS :**

le tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, troisième chambre, siégeant en matière civile et en instance d'appel, statuant contradictoirement,

vu l'ordonnance de jonction du 24 avril 2019 des procédures connexes inscrites sous les numéros de rôle TAL-2018-02173 et TAL-2019-03019,

dit la mise en intervention de D du 8 avril 2019 recevable et fondée,

partant déclare le présent jugement commun à D,

rejette le moyen tiré du principe *fraus omnia corrumpit*,

reçoit les appels principal et incident en la forme,

dit l'appel principal partiellement fondé,

dit que l'obligation de remettre en état la servitude, imposée à A par jugement du tribunal de paix de et à Luxembourg du 27 octobre 2014, confirmé par le jugement du tribunal de céans du 27 novembre 2015, a été transmise à D par l'effet de la donation du 11 février 2019,

partant, par réformation du jugement entrepris, décharge A de la condamnation à exécuter dans un délai de six mois à partir de la signification du jugement entrepris sous peine d'une astreinte de 1.000.- euros par jour de retard, cantonnée à 30.000.- euros, sur son terrain sis RUE à (...) (parcelle n° NNN/NNNN) conformément aux conclusions contenues dans le rapport d'expertise KINTZELE EJ 2755 du 28 avril 2017 les travaux nécessaires afin que sur une largeur de 4 mètres il présente à nouveau la même pente que celle qui figure dans les plans annexés à l'avenant de l'autorisation de construction enregistrée auprès de l'Administration communale de (...) en date du 12 juin 2009 pour que B et C puissent, après l'exécution des travaux qui leur incombent, retrouver au profit de leur terrain inscrit au cadastre de la Commune de (...), section (...) de (...), partie du numéro cadastral (../...) lieu-dit RUE, place, contenant ....ares ... centiares, une servitude de passage d'une largeur de 4 mètres avec une pente identique à celle qui existait préalablement à la construction de son immeuble,

pour le surplus, confirme le jugement entrepris,

dit l'appel incident non fondé,

dit non fondées les demandes respectives des parties en obtention d'une indemnité de procédure tant pour la première instance que pour l'instance d'appel,

dit non fondées les demandes respectives de A et des époux B et C tendant à voir condamner l'autre aux frais engendrés par les honoraires d'avocat,

laisse les frais de l'assignation en intervention du 8 avril 2019 à charge des époux B et C,

condamne A au restant des frais et dépens de l'instance d'appel avec distraction au profit de Maître Monique WIRION, avocat concluant, affirmant en avoir fait l'avance.