

**Cour de cassation**

**Chambre civile 3**

**Audience publique du 23 janvier 2013**

**N° de pourvoi: 11-28.266**

Publié au bulletin

**Cassation**

**M. Terrier (président), président**

Me Balat, SCP Waquet, Farge et Hazan, avocat(s)

**REPUBLIQUE FRANCAISE**

**AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS**

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

Sur le premier moyen :

Vu les articles 1265 et 1267 du code de procédure civile ;

Attendu que la protection possessoire et le fond du droit ne sont jamais cumulés ; que le défendeur au possessoire ne peut agir au fond qu'après avoir mis fin au trouble ;

Attendu, selon l'arrêt attaqué (Bordeaux, 29 septembre 2011), que M. X... a assigné au possessoire son voisin, M. Y..., en libération du passage situé sur la parcelle A n° 39 appartenant à celui-ci, par la dépose de deux portails obstruant un passage commun ; que, le tribunal d'instance de Bordeaux, par jugement du 3 avril 2003 a accueilli sa demande ; que par acte du 4 octobre 2004, M. Y... a assigné M. X..., propriétaire des parcelles A n° 37 et 40 pour les 8/9èmes et le préfet de la Région Aquitaine, curateur de la succession de M. Z... pour 1/9ème de ces mêmes parcelles, en déclaration d'extinction de la servitude de passage sur la parcelle A n° 39 pour non-usage trentenaire et disparition de l'état d'enclave ; que par arrêt du 6 mars 2008, la cour d'appel de Bordeaux a confirmé le jugement du 3 avril 2003 statuant au possessoire ;

Attendu que pour déclarer recevable la demande pétitoire formée par M. Y..., l'arrêt retient que si la prohibition du cumul du possessoire et du pétitoire fait obstacle à ce que la chose jugée au possessoire ait autorité au pétitoire, il n'est pas nécessaire que l'action possessoire ait été jugée irrévocablement avant l'exercice d'une action pétitoire ;

Qu'en statuant ainsi, alors que l'interdiction faite au défendeur d'agir au pétitoire avant d'avoir mis un terme au trouble emporte l'impossibilité d'agir avant la fin de l'instance possessoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

PAR CES MOTIFS, et sans qu'il y ait lieu de statuer sur le second moyen :

CASSE ET ANNULE, dans toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 29 septembre 2011, entre les parties, par la cour d'appel de Bordeaux ; remet, en conséquence, 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 Bordeaux, autrement composée ;

Condamne M. Y... aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, rejette les demandes ;

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 cassé ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, troisième chambre civile, et prononcé par le président en son audience publique du vingt-trois janvier deux mille treize.  
MOYENS ANNEXES au présent arrêt.

Moyens produits par Me Balat, avocat aux Conseils, pour M. X....

#### PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir déclaré recevable l'action en dénégation de servitude ;

AUX MOTIFS QUE la prohibition du cumul du possessoire et du pétitoire, rappelée à l'article 1265 du code de procédure civile, fait obstacle à ce que la chose jugée au possessoire ait autorité au pétitoire, il n'est pas nécessaire que l'action possessoire ait été jugée irrévocablement avant l'exercice d'une action pétitoire ;

ALORS QUE les parties ne peuvent agir simultanément devant les juridictions respectivement compétentes au fond et au possessoire, de sorte qu'il leur est interdit d'agir au fond avant que l'instance possessoire n'ait pris fin, ce principe s'appliquant identiquement au demandeur comme au défendeur ; qu'en jugeant le contraire, la cour

d'appel a violé les articles 1265 et 1267 du code de procédure civile.

## SECOND MOYEN DE CASSATION (subsidaire)

Il est reproché à l'arrêt attaqué d'avoir constaté l'extinction par non-usage trentenaire de la servitude de passage grevant le fonds A 39 au bénéfice des parcelles A 37 et A 40 et d'avoir dit que les parcelles A 37 et A 40 n'étaient pas enclavées ;

AUX MOTIFS PROPRES QU' en application de l'article 706 du code civil, la servitude du fait de l'homme est éteinte par le non-usage durant un délai trentenaire qui court à compter du dernier acte d'exercice de la servitude dont la preuve incombe au propriétaire du fonds dominant ; qu'en l'espèce, le fonds servant A 39 a été acquis par Bernard Y... le 15 octobre 1958 tandis que le fonds dominant A 37 et A 40 a été acquis par Laurent X... le 31 janvier 1997, soit plus de trente ans plus tard ; qu'ainsi, pour apporter la preuve de ce que la servitude n'était pas éteinte à la date de l'acquisition du fonds dominant, Laurent X... doit établir un acte d'exercice de la servitude par son auteur, n'ayant pu lui-même exercer avant 1997 un droit attaché au fonds dont il n'était pas encore propriétaire ; que parmi les attestations produites, celle de Christiane A... en date du 15 juin 1999 établit l'exercice d'un droit de passage à pied des auteurs de Laurent X..., sans toutefois indiquer la date d'un acte interruptif de la prescription extinctive, le témoin situant les faits durant sa période de location d'une maison voisine de 1947 à 1974 ; que l'utilisation du passage par des tiers, visiteurs ou fournisseurs, ne caractérise pas un acte de possession du titulaire de la servitude ; que Laurent X... ne prouvant pas un acte interruptif de prescription extinctive émanant de son auteur dans le délai de trente ans qui a suivi l'acquisition du fonds servant (15 octobre 1958), c'est à juste titre que le tribunal a constaté l'extinction pour non-usage trentenaire de la servitude de passage ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE, sur la servitude de passage, celle-ci n'est pas contestée par les parties, qu'elle est mentionnée dans les actes respectifs depuis plus d'un siècle, passage avec boeufs et charrette pour accéder au chemin vicinal de Castres à Portets ; que cependant, en vertu des articles 706 et 707 du code civil, les servitudes, y compris les servitudes discontinues comme les servitudes de passage, même conventionnelles, s'éteignent par non-usage trentenaire ; qu'en l'espèce, M. Y... produit aux débats de très nombreuses attestations de voisins, locataires, amis, fournisseurs et artisans, affirmant que jusqu'en 2000, et dans les trente années précédentes, l'allée passant devant sa propriété n'était empruntée que par lui et ses ayants droits, et non par M. B..., ni M. X... après 1997, dont l'immeuble était en ruine et le terrain en friche, ceint d'une clôture, et accessible depuis plus de trente ans par une allée passant sur les terres de M. B... (entre ses parcelles 262 et 961 d'après le plan cadastral) ; que M. X... ne peut soutenir que cette allée, servant au passage d'engins agricoles, n'est pas carrossable ; qu'il lui appartient de la rendre carrossable, puisque précisément son immeuble A 40 n'est plus enclavé du fait de la confrontation à ses autres parcelles qui débouchent sur la voie publique ; qu'il ne peut pas plus soutenir avoir interrompu la prescription en 2000 ou 2001 lorsqu'il a fait passer des canalisations sur l'allée A 39, avec l'accord de M. Y... ; qu'en effet, la prescription était déjà acquise à cette date, et le courrier de M. Y... exprime une simple tolérance au passage, en sous-sol, de ces canalisations, pour la commodité de son voisin, tout en rappelant l'extinction de la servitude de passage depuis 1978 par la création d'une autre allée entre les vignes de M. X..., toujours empruntée par celui-ci, ou ses

auteurs, depuis cette date ; que d'ailleurs, les photos aériennes confirment l'importance de cette allée de huit mètres de large bien tracée et manifestement ancienne ; que M. X... n'avait donc plus aucun besoin de cette allée A 39 pour accéder à la voie publique (route de Castres à Portets) qui était le motif de la constitution de la servitude ; qu'ainsi l'objet et l'usage de la servitude ayant disparu depuis plus de trente ans, celle-ci se trouve donc éteinte et qu'il y a lieu de faire droit à la demande de M. Y... ;

ALORS, EN PREMIER LIEU, QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en affirmant que M. X..., propriétaire du fonds dominant, ne rapportait pas la preuve d'un acte interruptif de prescription intervenu dans un délai de trente ans à compter du 15 octobre 1958 (arrêt attaqué, p. 5 § 9), sans examiner le courrier de M. Y..., propriétaire du fonds servant, en date du 8 juillet 2000, dans lequel celui-ci reconnaissait l'existence de tels actes, caractérisés par le passage de véhicules, au moins jusqu'en 1978, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile et l'article 1353 du code civil ;

ALORS, EN DEUXIEME LIEU, QUE le titulaire d'une servitude de passage par tous moyens a le droit de l'utiliser à pied et en voiture ; que s'il s'est contenté de l'utiliser à pied pendant trente ans, il conserve néanmoins intégralement ses droits de l'utiliser à pied et en voiture ; qu'en affirmant que M. X..., propriétaire du fonds dominant, ne rapportait pas la preuve d'un acte interruptif de prescription intervenu dans un délai de trente ans à compter du 15 octobre 1958, tout en constatant que Mme Christiane A... faisait état dans son attestation du passage à pied des auteurs de M. X... durant la période de 1947 à 1974 (arrêt attaqué, p. 5 § 7), ce dont s'évinçait la preuve d'actes interruptifs de prescription intervenus dans les trente ans à compter du 15 octobre 1958 et ce, pour tout mode de transport, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constatations et a violé l'article 706 du code civil ;

ALORS, EN TROISIEME LIEU, QUE les juges ne peuvent accueillir ou rejeter les demandes dont ils sont saisis sans examiner tous les éléments de preuve qui leur sont fournis par les parties au soutien de leurs prétentions ; qu'en affirmant que M. X..., propriétaire du fonds dominant, ne rapportait pas la preuve d'un acte interruptif de prescription intervenu dans un délai de trente ans à compter du 15 octobre 1958 (arrêt attaqué, p. 5 § 9), sans examiner, même sommairement, les attestations versées aux débats par M. X..., et notamment l'attestation collective de témoins indiquant qu'ils avaient, entre 1960 et 2009, emprunté le « passage commun » servant d'assiette à la servitude litigieuse, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile et l'article 1353 du code civil ;

ALORS, EN QUATRIEME LIEU, QUE constitue un acte interruptif de prescription l'usage fait de la servitude par un tiers au profit et avec l'accord du propriétaire du fonds dominant ; qu'en estimant que « l'utilisation du passage par des tiers, visiteurs ou fournisseurs, ne caractérise pas un acte de possession du titulaire de la servitude » (arrêt attaqué, p. 5 § 8), cependant que l'utilisation du passage faite avec l'accord et au profit du propriétaire du fonds dominant constitue nécessairement un acte de possession du titulaire de la servitude, la cour d'appel a violé l'article 706 du code civil ;

ET ALORS, EN DERNIER LIEU, QUE l'état d'enclave subsiste si la voie d'accès du fonds enclavé est normalement impraticable ; qu'en estimant que les parcelles A 37 et A 40 n'étaient pas enclavées, au motif qu'il incombait à M. X... de rendre carrossable l'allée pouvant servir d'alternative à la servitude de passage (motifs adoptés du jugement entrepris, p. 5 § 2), sans rechercher si cet aménagement était possible compte tenu de l'avis exprimé par l'expert C..., dont le rapport était régulièrement versé aux débats (pièce n° 51 du bordereau joint aux conclusions de M. X...), qui constatait que cette allée était impraticable en raison de la nature des sols et dangereuse en raison de la circulation d'engins agricoles et de la présence des produits antiparasitaires appliqués au vignoble, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 682 du code civil.

**Publication :**

**Décision attaquée :** Cour d'appel de Bordeaux , du 29 septembre 2011